

RABATTGESETZ UND EINZELHANDEL

**Eine Darstellung der Systematik und der Wirkungen
des Gesetzes über Preisnachlässe vom 25. 11. 1933**

Jürgen Johannson
—

1977
—

RABATTGESETZ UND EINZELHANDEL

Eine Darstellung der Systematik und der Wirkungen
des Gesetzes über Preisnachlässe vom 25. 11. 1933

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Jürgen Johannson

1977

KARAVITZER UND EINWANDER

Eine Darstellung der Symmetrie und der Wirkungen
des Gesetzes über Erbschaften vom 25. 11. 1933

Institut für Rechtswissenschaften

zur Erlangung der Doktorwürde
der Fakultät für Rechtswissenschaften
der Universität zu Köln
am 10. Februar 1977



Referent:

Prof. Dr. Beier

Korreferent:

Prof. Dr. Steindorff

Tag der mündlichen Prüfung:

10. Februar 1977

Jürgen Johannsen

1977

INHALT

Abkürzungen	S. VI
Literatur	S. VIII
Einleitung	S. 1
I. Abschnitt: Das "historische Argument" in der Diskussion um das Rabattgesetz	S. 3
1. Kapitel: Inhalt, Bedeutung und Ziel der historischen Argumentation	S. 3
2. Kapitel: Die Situation des Einzelhandels bis 1933	S. 4
1. Handelsmisere und Wirtschaftskrise	S. 4
2. Wettbewerbszustand	S. 4
3. Der Antagonismus der Betriebsformen	S. 6
4. Das "Zugabewesen"	S. 7
3. Kapitel: Die Reaktion des Gesetzgebers	S. 7
1. Die Notverordnung vom 9.3.1932	S. 7
2. Das "Gesetz zum Schutz des Einzelhandels"	S. 8
3. Das "Gesetz über Preisnachlässe"	S. 9
A. Das RabG als Ergänzung der Zugabeverordnung	
B. Das RabG und die Werbung mit dem Preisvorteil	S. 12
4. Ergebnis und Konsequenzen	S. 13
4. Kapitel: Das historische Argument und die weiteren Entwicklungen im Einzelhandel und seinem Wettbewerb	S. 15
1. Änderung der Handelsstruktur	S. 15
2. Der Wettbewerb im Einzelhandel	S. 16
3. Mittelstandspolitik für den Handel heute	S. 17
4. Ergebnis	S. 18

II. Abschnitt:	Die Begriffe "Preisnachlaß" und "Rabatt" und ihre Bedeutung für den Anwendungsbereich des RabG	S. 19
1. Kapitel:	"Preisnachlaß" und "Rabatt" als Grundbegriffe des RabG	S. 19
2. Kapitel:	Der "Rabatt" im engeren Sinn	S. 21
	1. Rabatt-Gewähren als Preisabzugsverfahren	S. 21
	2. Der leistungsbedingte Rabatt	S. 22
	3. Rabatt und Einzelnachlaß	S. 24
	4. Allgemein angekündigte Rabatte	S. 26
3. Kapitel:	"Rabatt" im Wiederverkäuferbereich	S. 27
	1. Verwendung und wirtschaftlicher Hintergrund	S. 27
	2. Das Verhältnis von Rabattgesetz und GWB	S. 28
4. Kapitel:	Der normative Rabattbegriff	S. 29
	1. Entwicklung und Wandlungen	S. 29
	2. Die extensive Auslegung und der Wille des Gesetzgebers	S. 30
	3. Ergebnisse und Konsequenzen	S. 32
III. Abschnitt:	Das Verbot der Preisnachlässe	S. 34
<u>Teil A:</u>	Rabattverbot und Werbung mit dem Preisvorteil	
1. Kapitel:	Inhalt und Bedeutung des Rabattverbots	
2. Kapitel:	Rabattverbot und der Preisaufdruck des Herstellers	S. 36
3. Kapitel:	Rabattverbot und das planmäßige Unterbieten der eigenen Preisauszeichnung	S. 40
4. Kapitel:	Rabattverbot und das generelle Gewähren von Preisvorteilen in sonstigen Fällen	S. 44
	1. Grundsätzliches	S. 44
	2. Preisunterbietung als Verstoß gegen das Rabattverbot?	S. 45
	3. "Sonderangebot" als Rabattverstoß?	S. 46
	4. Zwischenergebnis	S. 47

5. Das Rabattverbot als Gebot "sachlich begründeter" Preisdifferenzierung?	S. 48
5. Kapitel: Rabattverbot und Nebenvereinbarung	S. 51
1. Grundsätzliches	
2. "Teilzahlungskauf ohne Aufschlag"	S. 52
3. Sonstige Anwendungsfälle	S. 53
<u>Teil B:</u> Rabattverbot und Einzelnachlaß	S. 54
1. Kapitel: Die Zielsetzung der rabattrechtlichen Regelung der Einzelnachlässe	S. 54
2. Kapitel: Die praktische Bedeutung des Verbots der Einzelnachlässe	S. 56
3. Kapitel: Einzelnachlaß und leistungsgerechter Wettbewerb	S. 59
1. Grundsätzliches	S. 59
2. Gefahr eines "Ausufern" der Einzelnachlässe?	S. 60
3. Scheinrabatte durch den Einzelnachlaß?	S. 62
4. Das Verbot des Einzelnachlasses und das Preisangaberecht	S. 65
4. Kapitel: Einzelnachlaß und Verbraucherschutz	S. 67
1. Grundsätzliches	S. 67
2. Einzelnachlaß als "Lockmittel"?	S. 68
3. Einzelnachlaß und Gleichbehandlungsgedanke	S. 70
<u>Teil C:</u> Die Regelung der Sonderpreise und Sondernachlässe	S. 75
1. Kapitel: Der Anwendungsbereich	S. 75
1. Die Systematik der Regelung	
2. Das Verbot der Sonderpreise in der Praxis	S. 77
2. Kapitel: Die Beurteilung des Sonderpreisverbots	S. 79
1. Der Sonderpreis als Einzelnachlaß	S. 79
2. Der Sonderpreis als Werbemittel?	S. 79
3. Unerwünschte Folgen des Sonderpreisverbots	S. 80
4. Die Untauglichkeit des Sonderpreisverbots	S. 82

IV.Abschnitt: Die Regelung der Rückvergütung	S.84
1.Kapitel: Die Rückvergütung im Einzelhandel, Wesen und Funktion	S.84
1.Entstehung	
2.Die gesetzliche Regelung der Rück- gütung des Einzelhandels	S.85
3.Das Wesen der Rückvergütung des Einzelhandels	S.85
2.Kapitel: Die Argumente zur gesetzlichen Rege- lung der Rückvergütung des Einzel- handels	S.89
1.Die Gefahr der Irreführung	S.89
2.Die Gefahr der Übersteigerung	S.91
3.Kapitel: Die Regelung der genossenschaftli- chen Warenrückvergütung	S.92
V.Abschnitt: Das Ankündigen von Preisnachlässen	S.94
1.Kapitel: Das Ankündigen als Tatbestandsmerk- mal des § 1Abs.1 RabG	S.94
1.Die Alternative "ankündigen oder gewähren"	S.94
2.Die Rabatt-Ankündigung als allge- meine werbliche Aussage	S.94
3.Die Tendenzen in der Auslegung der Rabatt-Ankündigung	S.95
4.Nicht-vergleichende und vergleich- ende Preiswerbung	S.97
2.Kapitel: Die allgemeine Problematik der Ra- battankündigung	S.98
1.Die Anwendung des Ankündigungsver- bots für Preisnachlässe	S.98
2.Die Beurteilung des Ankündigungs- verbots für Preisnachlässe	S.100
3.Kapitel: Rabattgesetz und vergleichende Preis- werbung	S.102
1.Vergleichende Preiswerbung	S.102
2.Der Anwendungsbereich des RabG bei vergleichender Preiswerbung	S.103
3.Die praktische Bedeutung der Wer- bung mit dem Listen-oder Richtpreis	S.106
VI.Abschnitt: Ergebnisse und Konsequenzen	S. 107

ABKÜRZUNGEN

AbzG	Gesetz betreffend die Abzahlungs- geschäfte
AO	Anordnung
BB	Der Betriebs-Berater
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichts- hofs in Zivilsachen (Amtl.Sammlung)
B-H	Baumbach-Hefermehl (vgl. Literatur)
BJA	Bundeskartellamt
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft
BVG	Bundesverfassungsgericht
DB	Der Betrieb
DVO	Durchführungsverordnung
EhSchG	Gesetz zum Schutz des Einzelhandels
GBegr.	Gesetzesbegründung
GG	Grundgesetz
GR	Gewerblicher Rechtsschutz und Ur- heberrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
IHK	Industrie- und Handelskammer
JW	Juristische Wochenschrift
KG	Kammergericht Berlin

MA	Der Markenartikel
MuW	Markenschutz und Wettbewerb
M-W-G	Michel-Weber-Gries (vgl. Literatur)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NoTVO	Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz der Wirtschaft
OLG	Oberlandesgericht
o.V.	ohne Angabe des Verfassers (vgl. Li- teratur)
PrAngVO	Verordnung über Preisangaben
PrAuszVO	Verordnung über die Preisauszeichnung
RabG	Rabattgesetz (Gesetz über die Preis- nachlässe)
RAnz	Reichsanzeiger
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RM	Reichsmark
RGSt.	Sammlung der Reichsgerichtsentschei- dungen in Strafsachen (Amtl.Sammlung)
RGZ	Sammlung der Reichsgerichtsentschei- dungen in Zivilsachen (Amtl.Sammlung)
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VO	Verordnung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZugVO	Zugabeverordnung (NotVO, Erster Teil)

- Glück, F. Der Ausverkauf. Geschichtliche Entwicklung und Regelung im UWG, Leipzig 1913
- Heppke, A. Preispolitik, in: Marketing- und Verkaufsleiterhandbuch, Hrsg. Verlag Moderne Industrie, 2. Aufl., München 1972
- Hucken, W. Die Grundlagen der Nationalökonomie, 8. Aufl., Berlin 1965
- Hikentscher, W. Die Preisunterbietung nach neuem Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1962
- Hiers. Die Preislistentreue im Recht der Werbeagenturen, Gutachten, Stuttgart 1968
- v. Gamm, O.-Fr. Wettbewerbsrecht. Ein allgemeinverständliches Handbuch, Köln 1972
- Gaugler, E. Die Rabattgewährung im Einzelhandel, in: Schriftenreihe der Forschungsstelle für Betriebswirtschaft und Sozialpraxis, München 1958
- Giessler-Kapitzka-Kisseler Der Wettbewerb im Einzelhandel und im Handwerk, Köln 1969
- v. Godin, H. Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Berlin-New York 1974 (1. Aufl. 1957 : v. Godin-Hoth)
- Grotefend Preußisch-deutsche Gesetzessammlung 1806 - 1904, Bd. 1, 2: Finanzwesen, Kommunalabgaben, Düsseldorf 1905
- Gutenberg, E. Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, 2. Bd.: Der Absatz, 11. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1968
- Gutersohn-Lisowski Die wirtschaftliche Seite des Zugabewesens, Gutachten, Bern 1965

- Hammann, A. Die Einigungsämter zur Beilegung von Wettbewerbsstreitigkeiten, Jur. Diss., Berlin 1936
- Hasselmann, E. Die Geschichte der deutschen Konsumgenossenschaften, Frankfurt a.M. 1971
- Hecht-Kümpfel Der Wettbewerb, herausgegeben im Auftrag der IHK Berlin, Berlin 1936
- v.Hirsch, J. Der moderne Handel, in: Grundriß der Sozialökonomik, Tübingen 1925
- ders. Die Handelsspanne, Berlin 1931
- ders. Die Wirtschaftskrise, Berlin 1931
- Hoth-Gloy Zugabe und Rabatt, 2. Aufl., Berlin-New York 1973
- Huber, R. Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., Tübingen 1953
- Hüssener, A. Der Preisschutz für Markenartikel und die Ausführungsverordnung über Aufhebung und Untersagung von Preisbindungen vom 30.8.1930, Berlin 1931
- Krabbe, H. Die Werbung mit dem Preis, Jur. Diss., Münster 1965
- Lange, M. Preisbildung bei neuen Produkten, Berlin 1972
- Langen, E. Kommentar zum Kartellgesetz, 4. Aufl., Düsseldorf 1965
- Leibholz-Rinck Grundgesetz, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1. und 2. Aufl., Köln 1966
- Larenz, K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1969, 2. Aufl.
- Lehmann, M. Die Werbung mit Geschenken. Eine juristische Analyse der abstrakten Wertreklame unter besonderer Berücksichtigung der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung, Köln 1974

- Lindemann, E. Markttransparenz und Preispolitik, Berlin 1968
- Linnert, P. Handbuch der Verkaufsförderung, Marketing Journal, Hamburg 1973
- Lobe, A. Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, 1. Bd.: Unlauterer Wettbewerb und BGB, Berlin 1907
- Lutz, H. Was muß der Markenartikelhändler vom Preis- und Vertriebsschutz wissen, München-Berlin 1935
- Maucher-Niggemann Verkaufsförderung aus der Sicht des des Lebensmittelhandels, in: Handbuch der Verkaufsförderung, Hrsg. P. Linnert, Hamburg 1973
- Meister, J. Wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Zugabewesens, Jur. Diss., Zürich 1954
- Mellerowicz, K. Die Handelsspanne, Freiburg 1961
- ders. Markenartikel. Die ökonomischen Gesetze ihrer Preisbildung und Preisbindung, 2. Aufl., Berlin 1963
- Mewes, E. Das Recht der Sonderveranstaltung, Jur. Diss., Köln 1936
- Michel-Weber-Gries Das Rabattgesetz, 2. Aufl., München-Berlin 1957 (abgekürzt: M-W-G)
- Miksch, L. Wettbewerb als Aufgabe. Die Grundsätze einer Wettbewerbsordnung. Schriftenreihe Ordnung der Wirtschaft, H. 4, Stuttgart-Berlin 1937
- Möhring, A. Das Rabattunwesen. Den deutschen Hausfrauen zur Beherzigung. Leipzig 1910
- Munz, H. Das Phänomen Migros. Die Geschichte der Migros-Gemeinschaft, Zürich 1973

- Nicklisch Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, 3. Aufl., Stuttgart 1960
- Nieschlag-Dichtl-
Hörschgen Marketing. Ein entscheidungstheoretischer Ansatz, 4. Aufl., Berlin 1971
- Nieschlag, R. Binnenhandel und Binnenhandelspolitik, 2. Aufl., Berlin 1972
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 34. Aufl., München 1975
- Pedretti, R. Wettbewerb und Zugabewesen, Abhandlungen zum Schweizer Recht, Heft 388, Hrsg. Merz, Bern 1969
- Reimer-Gamm Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 2. Bd.: Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1972
- Rosenthal, A. Kommentar zum Wettbewerbsgesetz, 8. Aufl., Berlin 1930
- Ruberg Rabattwesen, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, 8. Bd., Stuttgart 1964, S. 664 - 668
- Scheele, W. Richtiger Preis, Besserer Absatz, München 1962
- ders. Verkaufsaktive Preis- und Rabattpolitik, München 1968
- Schneider, A. Der Markenartikel und die Bindung seines Preises als geschichtlich gewordener Ausdruck für die Notwendigkeit ständischer Wirtschaftsbindung überhaupt, Jur. Diss., Jena 1934
- Schönherr, F. Probleme des österreichischen Zugabe- und Rabattrechts, in: Neue Entwicklungen im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Festschrift für Hefermehl, Heidelberg 1971, S. 163-176

- Schwerin v.Krosigk,L. Alles auf Wagnis,Der Kaufmann
gestern, heute, morgen, Tübingen
1963
- Skiba,G. Preisdiskriminierung und Wettbe-
werbspolitik.Eine wettbewerbspol-
itische Untersuchung des Diskri-
minierungskozepts der Preistheo-
rien, Frankfurt a.M. 1971
- Splettstößer,J. Der Einzelhandel, Berlin 1936
- Stern,W. Der Preisschutz der Markenarti-
kelindustrie, Wirtschaftsrecht-
liche Abhandlungen, Hrsg.Geiler,
Heft 11,Mannheim-Berlin-Leipzig
1932
- Tetzner,H. Das Recht der Sonderveranstal-
tungen und Sonderangebote.Kom-
mentar zur AO des ehemaligen Reichs-
wirtschaftsministers vom 4.7.1935
Köln 1959
- ders. Rabattgesetz.Kommentar unter Be-
rücksichtigung der Rechtslage in
Österreich, Berlin 1963
- Theisen,P. Die betriebliche Preispolitik im
Einzelhandel, in:Schriften zur
Handelsforschung,Hrsg.Seyffert,
Nr.14,Köln-Opladen 1960
- Tietz,B. Konsument und Einzelhandel.Die
Strukturwandlung des Verbrauchs
in der BRD von 1960 bis 1985,
2.Aufl.,Frankfurt a.M. 1973
- Ulmer,E.-Reimer Das Recht des unlauteren Wettbe-
werbs in den Mitgliedsstaaten der
EWG,Bd.III,Deutschland,München
1968

- ders. Der Unternehmensbegriff im Rabattgesetz- Zur Zulässigkeit von Sonder-
nachlässen an Konzernangehörige, in:
Rechtswissenschaft und Gesetzgebung,
Festschrift für Wahl, Heidelberg 1973
S.409 - 427
- Wöhe, G. Einführung in die allgemeine Betriebs-
wirtschaftslehre, 11. Aufl., München 1973
- Woll, A. Der Wettbewerb im Einzelhandel, Zur
Dynamik der modernen Vertriebsformen,
Berlin 1964

II. Aufsätze

- Abel, P. Das neue österreichische Zugabenge-
setz, in: MuW 1934, S.394 - 398
- Ahngern, O. Sinn und Unsinn der Wertreklame, in:
MA 1972, S.177 - 192
- Arndt, H. Die Macht der Nachfrage, in: WRP 1975,
S.6 - 13
- ders. Nachfragemacht: Ideologie oder Real-
ität, in: WuW 1974, S.462 - 465
- Bender, K. Die Verordnung über Preisangaben, in:
WRP 1973, S.310 - 312
- Böttcher, P. Die Problematik von Herstellergutschei-
nen, insbesondere in rabattrechtlicher
Hinsicht, in: DB 1968, S.649 - 651
- Borck, H.-G. Besteht Anlaß, § 3 UWG abermals zu än-
dern?, in: WRP 1974, S.531 - 533
- ders. Zur Genealogie der AO betr. Sonder-
verkaufsveranstaltungen vom 4.7.1935,
in: WRP 1975, S.325 - 329

- ders. Zweifelsfragen betr. die AO betr. Sonderverkaufsveranstaltungen anhand der Entstehungsgeschichte zu beantworten versucht, in: WRP 1975, S. 396 - 402
- Burmann, H.-Fr. Zur Problematik eines werberechtlichen Verbraucherschutzes, in: WRP 1973, S. 313 - 319
- Diederichs Rettung im Verbundsystem?, SZ Nr. 39 vom 17.2.1976, S. 9
- Döll, H. Zur Auslegung des Rabattgesetzes unter besonderer Berücksichtigung des Warenaufdrucks empfohlener Preise, in: BB 1963, S. 319 - 322
- Dörinkel, W. Der Rabatt als Mittel des Wettbewerbs und als Gegenstand der Wettbewerbsbeschränkung, in: GR 1960, S. 7 - 14
- Dornheim Preisschutz und Zugabe, in: MuW 1933, S. 229 - 230
- Dörge, F.-W. Didaktik und Methode der Verbraucherbildung, in: AGV Verbraucherrundschau, 1973, Heft 2, S. 18 - 27
- Dürrhammer, W. Rabatte, was sie sind und was sie nicht sind, in: DB 1963, S. 37 - 39
- Friedenthal, F. Preisschleudern in Konkurs, in Zwangs-Vollstreckung und Liquidation, in: MuW 1931, S. 12 - 15
- v. Gamm, O.-Fr. Die Grenzen der Wertreklame, in: WRP 1974, S. 1 - 3
- Geiger, H. Sonderangebote werben für das ganze Sortiment, in: MA 1968, S. 414 - 419
- Gleiss-Hootz Bindet das Rabattgesetz den Einzelhändler an aufgedruckte Preise?, in: NJW 1963, S. 627 - 628
- Gröger, H. Das Rabattmarkensystem als betriebswirtschaftliches Einzelhandelsproblem, in: MA 1968, S. 379 - 385

- Günther, E. Der Markenartikel als Instrument der Verbraucherpolitik, in: MA 1973, S. 252 - 256
- ders. Anmerkung zum Beitrag Sölters: Nachteilsausgleichung für mittelständische Betriebe, in: WuW 1974, S. 665 - 669
- Gutzler, H. Die Preisempfehlung in der Praxis - eine Erwiderung, in: WRP 1973, S. 567
- Habscheid, W. Zur Weitergeltung der AO zur Regelung der Sonderverkaufsveranstaltungen vom 4.7.1935, in: NJW 1953, S. 1419 - 1420
- Hahn, T. Zur wettbewerbsrechtlichen Behandlung von Umtausch- und Rückgaberechten, in: WRP 1974, S. 65 - 67
- Hamm, W. Die Bedeutung des leistungsgerechten Wettbewerbs im Rahmen der Wettbewerbsregeln, in: WuW 1975, S. 115 - 121
- Hefermehl, W. Anmerkung (zu BVerfG, Beschl. vom 11.4.1967), in: GR 1967, S. 608
- Hörle, U. Zur Anwendbarkeit des Rabattgesetzes im Werbegeschäft, in: WRP 1975, S. 578 - 580
- Holzapfel Die neue Preisauszeichnungsverordnung, in: BB 1969, S. 1250 - 1255
- ders. Das neue Recht der Preisauszeichnung, in: BB 1973, S. 729 - 734
- Junckerstorff, K. Zur Auslegung des Zugabeverbots, in: MuW 1932, S. 339 - 340
- ders. Nochmals: Das Zugabeverbot, in: MuW 1933, S. 2 - 3
- ders. Das neue Rabattgesetz, in: MuW 1934, S. 48 - 52
- Kisseler, M. Ist das Rabattgesetz noch zeitgemäß, in: WRP 1975, S. 129 - 132

- Koenigs Wechselwirkungen zwischen dem Gegen Wettbewerbsbeschränkungen und dem Recht des unlauteren Wettbewerbs, in: NJW 1961, S. 1041 - 1048
- Kraft, A. Unlauterer Wettbewerb durch Werbung mit der Preiswürdigkeit?, in: WRP 1975, S. 83 - 87
- Leckscheidt, J. Wertreklame in den USA, in: MA 1971, S. 345 - 347
- Meyer, K. Der Preisvorteil bei Mehrfachpackungen als unzulässiger Mengenrabatt?, in: BB 1966, S. 18
- Nieschlag, R. Die Entwicklung der Betriebsformen im Handel, in: MA 1975, S. 240 - 242
- Noppe, M. Anrechnung von Gebrauchsgütern und Preisbindung, in: MA 1961, S. 120 - 121
- o. V. Anwendungsmöglichkeiten der neuen Mittelstandsempfehlung, in: WuW 1975, S. 12
- o. V. Bericht des Rechtsausschusses des Bundestags, BT Ds V/4035, in: GR 1969, S. 338-341 (zum Gesetz v. 26.6.1969)
- o. V. BKA beklagt Entwicklung bei Preisempfehlungen, in: MA 1972, S. 311
- o. V. Der Staat greift in den Vertrieb ein, in: SZ Nr. 31 vom 7.2.1976, S. 29
- o. V. Der Teppichhandel unter der Lupe, in: SZ Nr. 47 vom 26.2.1976, S. 40
- o. V. Drogisten gegen Verbrauchermärkte, in: SZ vom 18.3.1975, S. 14
- o. V. Empfehlungen des Verbraucherbeirats, in: WRP 1974, S. 327
- o. V. Gutachterausschuß: Gespaltene Preise bei unterschiedlichen Nebenleistungen, in: BB 1962, S. 235 (3/60)

- o.V. Gutachterausschuß: Listenpreis und angekündigter Preis, in: BB 1961, S.231 (Gutachten 5/59)
- o.V. Immer mehr Einzelhändler schließen, in: SZ Nr.60 vom 12.3.1976, S.28
- o.V. In Krisenzeiten verwildern gute Sitten, in: SZ Nr.255 vom 6.11.1975, S.25
- o.V. IFO-Schnelldienst: Verbrauchermärkte gewinnen weiter an Boden, IFO-Institut für Wirtschaftsforschung München, 1974, Heft 23, S.1 - 5
- o.V. IFO-Schnelldienst: Handhabung und Wirkung der unverbindlichen Preisempfehlung, IFO-Institut für Wirtschaftsforschung München 1976, Heft 15, S.5 - 11
- o.V. Preisempfehlungen nehmen weiter zu, in: WRP 1974, S.97
- o.V. Preisempfehlung hat noch nicht abgewirtschaftet, in: SZ vom 24.5.1976, S.9
- o.V. Rabattmarke ade, in: Der Verbraucher-coop-Rundschau, 1973, Heft 19, S.12
- o.V. Sonderangebote bei Lebensmitteln kritisiert, in: SZ vom 17.5.1976, S.22
- o.V. Sündenregister marktstarker Firmen, in: WuW 1974, S.799
- o.V. Verkaufsförderung und ihre Probleme, in: MA 1972, S.309
- o.V. Wettbewerbszentrale; Das ist ja genau der halbe Preis wie bei der Konkurrenz, in: WRP 1972, S.554
- o.V. Wettbewerbszentrale: 9 Monate Zahlungsziel als Rabattverstoß, in: WRP 1974, S. 363
- o.V. Wettbewerbszentrale: Spürbare Bestrafung auch bei fahrlässigen Rabattverstößen, in: WRP 1974, S.57

- o.V. Wettbewerbszentrale: Unwahre Preisge-
genüberstellungen im Räumungsverkauf,
in: WRP 1974, S. 363
- Pawlitzek Die Chancen des Fachgeschäfts, in: SZ
Nr. 42 vom 20.2.1976, S. 20
- Pentzlin, K. Markenartikel, eine Ware besonderer
Art, in: Marktwirtschaft 1970, S. 20 -
23/40 - 41
- Plassmann, N. Der Werbevergleich mit Preisempfeh-
lungen, in: NJW 1965, S. 235 - 237
- Sack, R. Zur sachlichen Rechtfertigung von
Preis-, Rabatt- und Konditionendis-
kriminierungen, in: WRP 1975, S. 385 - 393
- Sandler, G. Wie sich die Industrie auf Neues um-
stellt, in: SZ Nr. 45 vom 24.2.1976, S. 10
- Schenk, H.-O. Theorie und Ideologie der Nachfragemacht
des Handels, in: WuW 1974, S. 149 - 160
- Sölter, A. Nachteilsausgleich für mittelständische
Unternehmen, in: WuW 1974, S. 657 - 665
- Schulze zur Wiesche Neue Rechtsprechung zum Wettbewerbs-
recht, in: NJW 1974, S. 2110 - 2112
- Stritzke, O. Das Rabattgesetz, in: MuW 1934, S. 4 - 7
- Thoma, F. Die Grenzen der Expansion, in: SZ Nr. 35
vom 12.2.1976, S. 24
- Trautmann, L. Grünes Licht für die Mittelstandsempfeh-
lung?, in: WuW 1975, S. 307 - 313
- Ulmer, E. Wandlungen und Aufgaben im Wettbewerbs-
recht, in: GR 1937, S. 769 - 773
- Ulmer, P. Rabattgesetz und Wettbewerbsordnung,
in: Festgabe für Hefermehl,
Heidelberg 1971, S. 201 - 221
(wenn nicht anders vermerkt, ist mit
ULMER stets P. Ulmer zitiert)

- Völp, F. Die Preisempfehlung in der Praxis,
in: WRP 1973, S.561 - 567
- Wieken-Halbach Vergleichende Preiserhebungen, in:
AGV-Verbraucherrundschau, Heft 4,
1973, S.3
- Wilkendorff, J. Preisvorteil bei Mehrfachpackungen
als unzulässiger Rabatt?, in: BB
1966, S.643 - 645
- Winter, F. Der Kaufschein - eine Erwiderung,
in: NJW 1965, S.237 - 238

Einleitung

Das "Gesetz über Preisnachlässe (Rabattgesetz)" vom 25. November 1933¹⁾ wendet sich an den Unternehmer, der an Letztverbraucher²⁾ "Waren ... veräußert" oder "gewerbliche Leistungen ... ausführt". Das RabG gilt gleichermaßen für Handel und Dienstleistungsgewerbe. In der Praxis ist jedoch das RabG für den Handel weitaus bedeutender; nur selten ist das RabG mit Problemen aus dem Bereich des Dienstleistungsgewerbes in Erscheinung getreten.³⁾ Auch hatte der Gesetzgeber das RabG vor allem erlassen, um angeblichen "Mißständen" im Bereich des Handels zu begegnen.⁴⁾

Seit einiger Zeit wird die Frage erhoben, ob das RabG angesichts der gewandelten Situation im Einzelhandel und im Hinblick auf die geänderte Einstellung zum Wettbewerb noch eine Existenzberechtigung habe.⁵⁾ Selbst in den Kommentaren zum RabG haben solche Zweifel verschiedentlich Ausdruck gefunden.⁶⁾

1) RGBL. I, S. 1011 (im folg. abgekürzt: RabG)

2) vgl. § 1 Abs. 1 RabG: "im Einzelverkauf" bzw. "für den letzten Verbraucher"; das RabG beschränkt sich also nicht auf den Einzelhandel im institutionellen oder traditionellen Sinn, vgl. Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 11. Aufl., München 1974, (im folg. abgekürzt: B-H), S. 1417ff

3) vgl. z.B. die allgemein übliche Werbung der Banken mit "Wiederanlagerabatt" oder der Versicherungen mit "Schadensfreiheitsrabatt"; zur Geltung des RabG für Banken und Versicherungen, vgl. TETZNER, Rabattgesetz, 1963, S. 41

4) vgl. GBegr., Reichsanz. 1933 Nr. 284 v. 5. 12. 1933, abgedruckt bei MICHEL-WEBER-GRIES, Das Rabattgesetz, 2. Aufl., München 1957, (im folg. abgekürzt: M-W-G), S. 183ff.

5) HEFERMEHL, Anmerkung zu BVfG, Beschl. vom 11. 4. 1967, in: GR 67, S. 608; WOLL, Der Wettbewerb im Einzelhandel, Berlin 1964, S. 282; ULMER, P., Rabattgesetz und Wettbewerbsordnung, in: Rechtsfragen der Gegenwart, Festgabe für Hefermehl, Heidelberg 1971, S. 217dd.; KOENIGS, Wechselwirkungen zwischen dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und dem Recht des unlauteren Wettbewerbs, NJW 1961, S. 1043/1044

6) vgl. B-H, S. 1408ff; TETZNER, Rabattgesetz, a. a. O., S. 26; v. GODIN, Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Berlin 1974, S. 509

Für den Verbraucher wird vorbehaltlos gefordert, das RabG aufzuheben,⁷⁾ während aus der Sicht des Handels mit großem Nachdruck und einer Vielzahl von Argumenten dafür plädiert wird, das RabG beizubehalten und voll anzuwenden.⁸⁾

Die höchstrichterliche Rechtsprechung wendet das RabG seit einigen Jahren nur mehr zurückhaltend an,⁹⁾ die Gültigkeit des RabG steht jedoch außer Frage.¹⁰⁾

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der Geschichte, der Systematik, dem Anwendungsbereich und der wettbewerbspolitischen Beurteilung des RabG, um die Frage zu klären, ob oder inwieweit es der Rechtsprechung gelungen ist, das RabG den gewandelten wettbewerbspolitischen Zielvorstellungen anzupassen und welche Änderungen durch den Gesetzgeber oder in der Rechtsprechung angebracht erscheinen.

7) Empfehlungen des Verbraucherbeirats, in: WRP 1974, S. 327

8) vgl. KISSELER, Ist das Rabattgesetz noch zeitgemäß?, in: WRP 1975, S. 129ff; (o.V.), Spürbare Bestrafung bei fahrlässigen Rabattverstößen, in: WRP 1974, S. 57

9) vgl. BGH, 12. 11. 1974, NJW 75, S. 215 (Buchbeteiligungszertifikate); OLG Stuttgart, 31. 5. 1974, WuW 75, S. 150 (Möbelcenter); BGH, 24. 10. 1975, WRP 76, S. 42 (Einführungswerbung)

10) vgl. BVerfG, Beschl. vom 11. 4. 1967, NJW 1967, S. 1459

I. Abschnitt: Das "historische Argument" in der Diskussion um das RabG

1. Kapitel: Inhalt, Bedeutung und Ziel der historischen Argumentation

In einer Rechtfertigung des RabG fehlt selten der Hinweis auf die "zum RabG führenden Mißstände und Auswüchse" im Wettbewerb des Einzelhandels.¹⁾ Vielfach ist die Überzeugung verbreitet, in der Zeit nach dem Ersten Weltkrieg hätten "die Rabatte" im Einzelhandel ein "volkswirtschaftlich schädliches Ausmaß"²⁾ angenommen. Der Eingriff des Gesetzgebers sei somit durch den "ruinösen Rabattwettbewerb"³⁾ unvermeidlich geworden. Auch die Gerichte greifen gerne auf historische Begründungen zurück, wenn es darum geht, die Anwendung des Gesetzes im Zweifelsfall zu rechtfertigen⁴⁾. Dabei wird den Gegnern des RabG stets vorgehalten, sie hätten "keinen Vorschlag, wie die Mißstände" - die bei einer Aufhebung des Gesetzes nach den früheren Erfahrungen zu erwarten wären - "entsprechend der Entwicklung in den zwanziger Jahren vermieden werden könnten."⁵⁾

Wenn im folgenden die Geschichte des RabG dargestellt wird, geschieht dies somit zu dem Zweck, die historisch begründete Rechtfertigung des RabG auf ihre Stichhaltigkeit zu prüfen. In Kapitel 4 wird auch der Behauptung nachzugehen sein, die Mißstände, die angeblich zum RabG

-
- 1) M-W-G, S.17; vgl. auch HOTH-GLOY, Zugabe und Rabatt, Berlin 1973, S.292; B-H, S.1408; KISSELER, a.a.O., S.129
 - 2) ULMER-REIMER, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Band III: Deutschland, Köln 1968, S.829
 - 3) MIKSCH, Der Wettbewerb als Aufgabe, Grundsätze einer Wettbewerbsordnung, Stuttgart 1937, S.110; ebenso B-H, 6.Aufl., 1951, S.379; HOTH-GLOY, a.a.O., S.290
 - 4) vgl. z.B. BGH, 10.6.60, GR 1960, S.495/498; OLG Karlsruhe, 12.9.73, WRP 1973, S.539/541
 - 5) KISSELER, a.a.O., S.129

führten, könnten sich wiederholen.

2. Kapitel: Die Situation des Einzelhandels bis 1933

1. "Handelsmisere" und Weltwirtschaftskrise

In der weltweiten Wirtschaftsdepression gingen die Umsätze im deutschen Einzelhandel von 35 Mrd. Reichsmark im Jahr 1929 auf 21 Mrd. Reichsmark im Jahr 1932 zurück.⁶⁾ Diese Rezession traf einen Wirtschaftszweig, der in seiner ganz überwiegend kleingewerblichen, "krämerhaften" Struktur schon ohnedies ständig ein sozial- und wirtschaftspolitisches Problem darstellte.⁷⁾

Der schon seit dem 19. Jahrhundert mit dem sog. Überbesetzungsproblem⁸⁾ belastete Kleinhandel mußte auf den allgemeinen Kaufkraftschwund besonders empfindlich reagieren. Durch den Rückgang der Umsätze waren weite Bevölkerungskreise in ihrer Existenzgrundlage betroffen.⁹⁾ Diese Belastungen fanden ihren Ausdruck in heftigen Klagen über den "übersteigerten Konkurrenzkampf"¹⁰⁾, den "hemmungslosen Preiswettbewerb"¹¹⁾ und - nicht zuletzt - über die "erdrückenden Werbemethoden" der Großbetriebe im Handel und der Konsumvereine¹²⁾.

2. Wettbewerbszustand

Von einem allgemein "exzessiven Wettbewerb" kann objektiv

6) SPLETTSTÖSSER, Das Gesetz zum Schutz des Einzelhandels, Berlin 1936, S.43; vgl. auch HASSELMANN, Geschichte der deutschen Konsumgenossenschaften, Frankfurt 1971, S.450

7) vgl. MEWES, Das Recht der Sonderveranstaltung, Diss. Köln 1936, S.40; NIESCHLAG, Binnenhandel und Binnenhandelspolitik, Berlin 1959, 1. Aufl., S.13; HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., Tübingen 1953, S.720

8) gemeint ist die Überbesetzung, die Überfüllung, vgl. HÜSSENER, Der Preisschutz für Markenartikel, Berlin 1931, S.30; v. HIRSCH, Der moderne Handel, Tübingen 1925, S.30

9) v. HIRSCH, Die Handelsspanne, Berlin 1931, S.34

10) v. HIRSCH, Die Wirtschaftskrise, Berlin 1931, S.46

11) MIKSCH, a.a.O., S.13

12) TETZNER, Das Recht der Sonderveranstaltungen und Sonderangebote, Köln 1959, S.16 m.w.N.

betrachtet allerdings keine Rede sein. Noch 1930 war festzustellen, daß der Handel keineswegs geneigt war, die durch den Wettbewerb der Hersteller um die Händler oft "stark überhöhten Handelsspannen" zu senken.¹³⁾ Die These von Preisverfall und hemmungslosem Wettbewerb mag für den Hersteller zutreffend gewesen sein; für den Kleinhandel spielte sich der Wettbewerb wohl eher als Kampf gegen die preisaktiven Einheitspreisgeschäfte, Großbetriebe und gegen vereinzelte Außenseiter ab.¹⁴⁾ Gegen die These vom "ungehemmten Preiswettbewerb" spricht auch die traditionelle, strukturbedingte¹⁵⁾ und durch die Preisbindung der Markenartikel abgesicherte¹⁶⁾ preispolitische Unbeweglichkeit des Einzelhandels, die bis vor zehn Jahren noch für den Wettbewerbszustand im Handel typisch war.¹⁸⁾ Im kleingewerblichen Einzelhandel bediente man sich zwar des "Konkurrenzartikels" - einer rudimentären Form von Preiswettbewerb -,¹⁹⁾ im übrigen aber war die Werbung um den Kunden auf den persönlichen Verkauf²⁰⁾ und die "tausend kleinen Mittel der Kulanz"²¹⁾ abgestellt. Ein allgemeiner exzessiver Preiswettbewerb erscheint unter diesen Bedingungen ausgeschlossen.

3. Der Antagonismus der Betriebsformen

Die Furcht vor einem allgemeinen Preisverfall mag für den Kleinhandel der Grund gewesen sein, auf gesetzliche Maß-

13) Memorandum der Reichsregierung, in: HÜSSENER, a.a.O., S.9; v. HIRSCH, Die Handelsspanne, a.a.O., S.62ff;

14) s.u., Nr.3 und Kap.3, Nr.3 B II

15) THEISEN, Die betriebliche Preispolitik im Handel, Köln 1960, S.39ff

16) STERN, Der Preisschutz der Markenartikelindustrie, Mannheim 1932, S.30; LUTZ, Was muß der Markenartikelhändler vom Preis- und Vertriebsschutz wissen?, München 1935, S.12

17) vgl. SPLETTSTÖRER, a.a.O., S.19

18) vgl. GUTENBERG, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, II. Band, Der Absatz, Berlin 1968, 11. Aufl., S.360; SCHWERIN-v. KROSIGK, Alles auf Wagnis, Tübingen 1963, S.70; THEISEN, a.a.O., S.39ff; ULMER, a.a.O., S.208 mwNachw.

19) vgl. HIRSCH, Handelsspanne, a.a.O., S.27/123; LUTZ, a.a.O., S.11

20) vgl. ANGEHRN, System des Marketing, Stuttgart 1973, S.164;

21) CALLMANN, Der unlautere Wettbewerb, Mannheim 1932, 2. Aufl., Anm. 103/106a zu § 1 UWG

nahmen zur Wettbewerbsbeschränkung zu drängen;²²⁾ vor allem war dem Kleinhandel aber daran gelegen, der Konkurrenz der größeren Handelsbetriebe, der Einheitspreisgeschäfte und Konsumvereine zu begegnen.²³⁾

Der Konflikt zwischen dem Kleinhandel und den Warenhäusern war schon Ende des 19. Jahrhunderts entstanden und hatte den Gesetzgeber auch schon einmal zum Eingreifen bewogen.²⁴⁾ Die größeren Betriebe konnten planmäßigen, aus der Sicht des Kleinhandels aggressiven, Preiswettbewerb betreiben, vor allem durch Sonderverkäufe, Mengen- und Berufsrabatte.²⁵⁾ Die Einheitspreisgeschäfte - eine preispolitisch damals ebenfalls sehr aktive Betriebsform -²⁶⁾ hatten in den zwanziger Jahren rapide zugenommen, was den Kleinhandel irritieren und beunruhigen mußte, obwohl der Anteil der Einheitspreisgeschäfte am Gesamtumsatz verschwindend gering blieb.²⁷⁾

Verschiedentlich wurde versucht, die von den Großbetrieben ausgehende Preisbeunruhigung im Wege freiwilliger Vereinbarungen zu dämpfen.²⁸⁾ Eine wirksame und umfassende "Bereinigung" der Wettbewerbssituation im Sinne des Kleinhandels konnte jedoch nur durch den Gesetzgeber erfolgen.

4. Das Zugabewesen

Am 16.5.1930 wurde aus Kreisen der Wirtschaft der "Reichsausschuß für das Zugabeverbot" gegründet, in dem die Bestrebungen zu einer gesetzlichen Beschränkung der akzes-

22) WOLL, a.a.O., S.282

23) MEWES, a.a.O., S.51; vgl. v. HIRSCH, Der moderne Handel, a.a.O., S.305; HASSELMANN, a.a.O., S.440ff und 458ff; MUNZ, Das Phänomen Migros, Zürich 1973, S.69ff

24) preußisches Warenhaussteuergesetz vom 18.7.1900, in: GROTEFEND, Preussisch-deutsche Gesetzessammlung, Düsseldorf 1905, Teil 1, 2 Kommunalabgaben

25) BIELECHOWSKY, Die Krise des deutschen Einzelhandels, Stuttgart 1933, S.91 (zitiert nach Kisseler, a.a.O. S.129); HECHT-KÜMPFEL, Der Wettbewerb, Berlin 1936, S.541

26) NIESCHLAG, Die Entwicklung der Betriebsformen im Handel, MA 75, H.6, S.242

27) v. HIRSCH, Der moderne Handel, a.a.O., S.305

28) BIELECHOWSKY, a.a.O., S.91

sorischen Wertreklame eine organisierte Form fanden.²⁹⁾

Unter "Zugabe" verstand man jede Vergünstigung, die dem Kunden neben einer zu entgeltenden (Haupt-)Leistung ohne besondere Berechnung zu gewähren sein sollte.³⁰⁾ Der Zugabebegriff erfaßte also nicht nur "Draufgaben", man sah auch, z.B., den Mengenrabatt und die Rabattsparmarke als "Zugabe" an.³¹⁾ Dieses Zugabewesen hatte sich seit Ende des Ersten Weltkriegs stark ausgeweitet und sich zu einem "systematischen Werbemittel"³²⁾ entwickelt; das ist vor allem für die "organisierte Rabattgabe" mit Sparmarken festzustellen.³³⁾ Diese Entwicklungen wurde aber im Kleinhandel selbst nicht ohne Bedenken beobachtet.³⁴⁾ Unter den Bedingungen der Wirtschaftskrise haben dann im organisierten Einzelhandel offenbar diejenigen die Oberhand gewonnen, die eine gesetzliche Regelung der Zugabe für notwendig hielten.

3. Kapitel: Die Reaktion des Gesetzgebers

1. Die "Notverordnung des Reichspräsidenten zum Schutz der Wirtschaft" vom 9.3.1932 (NotVO)

Mit der NotVO kam die Regierung den Bestrebungen nach wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen für den Handel erstmals

29) vgl. HECHT-KÜMPFEL, a.a.O., S.126/479; näher zur Vorgeschichte des Zugaberechts, vgl. DOEPNER, U., Die Stellung des Naturalrabatts in § 1 ZugVO, in: WRP 1976, Heft 4, S.217/223

30) vgl. HIRSCH, Moderne Handel, a.a.O., S.286; RGSt 61, 58 (=Urt. vom 23.12.1926)

31) Dieser Zugabebegriff wurde der ZugVO, vgl. § 1, zugrundegelegt, vgl. JUNCKERSTORFF, Das neue Zugaberecht, MuW 32, S.440/556 und 1934, S.2; LEHMANN, Die Werbung mit Geschenken, Köln 1974, S.8ff; zur begrifflichen Einordnung von Drauf- und Dreingaben, vgl. DOEPNER, a.a.O., S.219, danach sei der Naturalrabatt (Drauf- oder Dreingabe von Ware derselben Art und Güte) sowohl sein "Preisnachlaß" i.S.d. RabG als auch eine Zugabe gem. § 1 ZugVO.

32) HIRSCH, Der moderne Handel, a.a.O., S.286

33) s.u., Abschnitt IV, 1. Kapitel

34) DORNHEIM, Preisschutz und Zugabe, MuW, 33, S.229; SPLETT-STÖSSER, a.a.O., S.21

einen großen Schritt entgegen.

Die *Verordnung über den Einzelhandel*¹⁾: Im ersten Teil wurde das Einzelkaufrecht erlassen (Art. 10). Im zweiten Teil erfolgte eine Befreiung der Einzelkauf- und Handlungsgeschäfte von Vorschriften, der §§ 1 bis 9 LwO. Im dritten Teil schließlich brachte die *Verordnung* Beschränkungen für Einzelkaufgeschäfte, vor allem eine „de facto“ Sperrung für die Errichtung weiterer Betriebe.

Vom letzten Teil der *Verordnung* vielleicht abgesehen, kommt in der *Verordnung* durchaus noch nicht eine prinzipielle Abkehr von den bis dahin die Wirtschaftsgesetzgebung beherrschenden liberalistischen Anschauungen zum Ausdruck.²⁾ Der radikale Bruch mit der bisherigen Einzelhandelspolitik erfolgte erst - ein gutes Jahr später - nach der „Machtergreifung“ mit dem „Gesetz zum Schutz des Einzelhandels“ vom 12.5.1933.³⁾

Die *Verordnung*, die - unberücksichtigt mit Ausnahme des dritten Teils - heute noch geltendes Recht des „Einzelhandels“⁴⁾ enthält, jedoch bereits die Ansätze für die spätere Entwicklung des Einzelhandelsrechts unter der Herrschaft des Nationalsozialismus, die in eine vollständige „Eereinigung“ der Wettbewerbsverhältnisse mündete.

1. Das „Gesetz zum Schutz des Einzelhandels“ (EhSchG)

Zunächst beseitigte das *EhSchG* die Gewerbefreiheit. Die in der *Verordnung* nur für Einzelkaufgeschäfte vorgesehenen (be-
freiten) Beschränkungen wurden zu einem allgemeinen Ver-
bot⁵⁾ der Errichtung, Erweiterung oder Übernahme von Ver-
kaufsstellen sowie der Ausdehnung des Sortiments ausgewei-
tet. Damit war faktisch des Kleinhandels ein umfassender,
übergeordnet gestützter Bestandsschutz erreicht. Die Regelung
verhinderte die Neugründung kleingewerblicher Unternehmen,
womit das „Übersetzungsproblem“ einer Lösung näher kam.⁶⁾

¹⁾ RGBl. 1932 I S. 121 - 125

²⁾ vgl. MEYER, a.a.O. S. 51; SCHM. Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933/1964, S. XI/73ff

³⁾ RGBl. 1933 I, S. 262 bis 264

⁴⁾ REIMER-SCHM. Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 1. Band, 1. Aufl., Köln 1933, S. 121 ff.; SCHM. Wettbewerbs- und Monopolkampf, a.a.O. S. 51

⁵⁾ später (W v. 12.7.1934, RGBl. I S. 26) in eine Bedürfnisprüfung umgewandelt

⁶⁾ vgl. MEYER, a.a.O. S. 51; SCHM. Wettbewerbs- und Monopolkampf, a.a.O. S. 51

In erster Linie muß das EhSchG aber als Maßnahme gegen Warenhäuser, Einheitspreisgeschäfte und Konsumvereine gesehen werden. Um die Wettbewerbsvorteile dieser Betriebe gegenüber dem Kleinhandel zu neutralisieren, bedurfte es nur noch einer gesetzlichen Beschränkung der Freiheit der Werbung.⁷⁾

3. Das "Gesetz über Preisnachlässe (RabG)" vom 25.11.1933

A. Das RabG als Ergänzung der ZugVO

Gegenüber der ZugVO liegt der "Fortschritt" des RabG darin, daß die bis dahin noch freien Barzahlungsnachlässe, Sparmarkenrabatte und Naturalrabatte (vgl. § 1 Abs.II lit.b,c und f ZugVO a.F.) nunmehr auf einen Höchstsatz von 3 %, der Mengenrabatt auf Handelsüblichkeit begrenzt wurden (vgl. §§2 S.1, 7 RabG).

Das RabG wird in der Literatur allgemein in dieser Funktion als Folge oder Konsequenz der ZugVO gesehen.⁸⁾ Wenn dabei verschiedentlich angenommen wird, das RabG sei eine "logische Ergänzung der ZugVO", muß dem aber schon entgegengehalten werden, daß die ZugVO eine umfassende und abschließende Regelung des "Zugabewesens" darstellt und der Ausnahmenkatalog in § 1 Abs.2 ZugVO Zugabeformen enthält, die eben vom Gesetzgeber als nicht verbotswürdig oder wirtschaftspolitisch erwünscht angesehen wurden.⁹⁾

Überwiegend wird in der rabattrechtlichen Literatur deshalb auch die Meinung vertreten, es habe ein tatsächlicher, durch wirtschaftspolitische Erfordernisse bestimmter Zusammenhang zwischen ZugVO und RabG bestanden: Der Einzelhandel sei nach dem Zugabenverbot auf die Rabattgewährung ausgewichen und damit habe die ZugVO eine "ins grenzenlose gesteigerte Verbreitung der Rabattseuche in allen

7) am 12.9.1933 trat das "Gesetz über Wirtschaftswerbung" in Kraft (vgl. RGBl.I, S.625 und MuW 1933, S.433 m.Anm. BUSSMANN); mit diesem Gesetz bekam der Reichsminister für Propaganda die Aufsicht über die Wirtschaftswerbung, die zugleich bestimmten inhaltlichen Beschränkungen unterworfen wurde.

8) vgl. ULMER, a.a.O., S.203 m.w.Nachw.

9) vgl. "Erläuterungen zur NotVO", in: RAnz Nr.61 v.12.3.1933, abgedruckt bei ROTH-GLOY, a.a.O., Anhang I, S.429

ihren Formen und Arten nach sich gezogen."¹⁰⁾

Soweit diese angebliche exzessive Steigerung auf die Bargeldablösung der Zugabe nach § 1 Abs.2 lit.e ZugVO a.F. zurückgeführt wird,¹¹⁾ steht dem jedoch schon entgegen, daß bereits das EhSchG die Bargeldablösung beseitigt hatte.¹²⁾ Im übrigen ist es sehr fraglich, ob nach der ZugVO überhaupt eine wesentliche Steigerung der Sparmarkenabgabe oder von anderen Rabatten zu verzeichnen war. Ein sicherer Beleg für diese Behauptung sollte sich zumindest in der Begründung des RabG finden lassen. Dort aber ist zwar an einer Stelle vage von einer "stürmischen Entwicklung der Barzahlungsnachlässe" die Rede,¹³⁾ andererseits heißt es dagegen ausdrücklich, mit dem RabG solle (lediglich) der *G e f a h r* begegnet werden, daß der Handel nach der ZugabeVO auf die Gewährung von Barzahlungsnachlässen ausweichen könnte.¹⁴⁾ Schließlich lassen auch die in der Gesetzesbegründung genannten Zahlen über die Entwicklung des Sparmarkenwesens - im übrigen fehlen exakte Angaben - keinesfalls einen "exzessiven Rabattwettbewerb" erkennen.

Danach errechnet sich für 1931 ein durchschnittlicher Rabattsatz von 3,7% für die vom Rabatt erfaßten Umsätze; die Summe der Rückvergütung betrug bei einem Gesamtumsatz von ca. 27 Mrd. Reichsmark im Handel etwa 250 Mio. Reichsmark.¹⁵⁾

Wenn nun das RabG den durchschnittlichen Rabattsatz nur um 0,7% senkte -vgl. § 2 RabG - wird man dem Gesetzgeber kaum unterstellen können, er habe ernstlich einen "ruinösen Wettbewerbszustand" beenden wollen. Im übrigen nahm die wirtschaftliche Bedeutung des Sparmarkenwesens

10) KISSELER, a.a.O., S.130; STRITZKE, Das Rabattgesetz, in: MuW 1934, S.4; v. GODIN, a.a.O., S.340; HOTH-GLOY, a.a.O., S.38

11) vgl. M-E-W-G, S.19

12) RGBl 1933, I, S.262

13) GBegr. bei M-W-G, S.184

14) GBegr. bei M-W-G, S.183

15) GBegr. bei M-W-G, S.183; vgl. auch STERN, a.a.O., S.29; die Zahlen beruhen auf einer Schätzung der Forschungsstelle für den Handel in Berlin. Vom "Rabatt" -genauer, von der Rückvergütung des Einzelhandels- wurden danach Umsätze in Höhe von 6,8 Mrd. RM, was etwa einem Viertel des Gesamtumsatzes im Einzelhandel entsprach, erfaßt.

auch nach dem Erlaß des RabG - vom Gesetzgeber unbehelligt - stark zu, wie die fortwährend steigende Zahl von Rabattsparvereinen (250 im Jahr 1933, 400 im Jahr 1942) zeigt.¹⁶⁾

Eine "bedrohliche Entwicklung" des Sparmarktenwesens in der Zeit vor und nach dem Erlaß des RabG läßt sich demnach nicht objektivieren; aus der Sicht "interessierter Kreise"¹⁷⁾ mag eine weitere Verbreitung oder Steigerung der "Barzahlungsnachlässe" allerdings aus verschiedenen Gründen vielleicht als "bedrohlich" empfunden worden sein. Diese Einschätzung könnte durch die Beobachtung einzelner Auswüchse der Sparmarkenabgabe ("bis zu 10% Rabatt") veranlaßt worden sein,¹⁸⁾ wobei jedoch anzumerken ist, daß derartige bereits in der Streitschrift von Möhring im Jahr 1910 berichtet wurde.¹⁹⁾ Dann wird die Erkenntnis eines bestehenden oder bevorstehenden Rabattmißstands aber vor allem durch die Wahrnehmung gefördert worden sein, daß sich die Rabattmarke als Wettbewerbsmittel des Kleinhandels gegen konkurrierende Betriebsformen in der Zeit nach dem Ersten Weltkrieg als untauglich erwiesen hatte und mit einer rabattrechtlichen Diskriminierung der Warenhäuser und Einheitspreisgeschäfte²⁰⁾ und der Gleichschaltung der Warenrückvergütung der Konsumvereine²¹⁾ der Gefahr begegnet werden konnte, daß die Rabattmarke zu einem Werbemittel für die Konkurrenz des Kleinhandels werden könnte. In einer Wirtschaftssituation, die Preiserhöhungen nicht zuließ und bereits tief abgesunkene Umsätze und Gewinne gebracht hatte, verbot sich eine Werbung mit hohen Rabattsätzen schon aus Gründen wirtschaftlicher Vernunft. Zwischen RabG und ZugVO besteht also insoweit ein tatsächlich-wirtschaftlicher Zusammenhang, als beiden Maßnahmen das Interesse des Kleinhandels an obrigkeitlichen Beschränkungen des Wettbewerbs zugrunde liegt.

16) M-W-G, Einl.Rz.2

17) ULMER, a.a.O., S.203 m.w.Nachw.

18) GBegr. bei M-W-G, S.183

19) MÖHRING, Das Rabattwesen, Leipzig 1910, S.4

20) vgl. BVfG, Beschl.vom 11.4.67, GR 67, S.607

21) vgl. BGH, 12.11.74 = NJW 75, 215/217 (Buchbeteiligungszertifikate; HASSELMANN, a.a.O., S.473)

B. Das RabG und die Werbung mit dem Preisvorteil

Mit der Rechtfertigungsthese von einem durch die ZugVO "ins Unerträgliche" gesteigerten Rabattwettbewerb wird schließlich völlig unbeachtet gelassen, daß das RabG seine hervorragende Bedeutung nicht als Ergänzung der ZugVO gewonnen hat. Für die Gestaltung der Wettbewerbsverhältnisse bis zum Beginn der Kriegswirtschaft weitaus bedeutsamer erscheint die Rolle, die das RabG in der Auslegung durch die Einigungsämter²²⁾ gespielt hat. Wegen der unbestimmten Definition des "Preisnachlasses" in §1 Abs. 2 RabG konnte das Rabattverbot nämlich bei der "ständisch-erzieherischen Anschauung", der sich die Einigungsämter verpflichtet fühlten,²³⁾ zu einem weitgehenden Verbot der Werbung mit dem Preisvorteil ausgeweitet werden; damit war das RabG ein wirksames Instrument der Wettbewerbsbeschränkung, das gegen die preisaktiven größeren Betriebe²⁴⁾ zielte.

Zunächst ergab sich mit dem RabG eine strafrechtliche (§ 11 RabG a.F.) Handhabe gegen die sog. "Schleuderverkäufe", in denen die Preisbindung für Markenartikel umgangen werden sollte.²⁵⁾ Sie waren Handel und Herstellern ein beträchtliches Ärgernis, da sie nicht bloß den vertragstreuen Konkurrenten betrafen, sondern tendenziell den Nachweis der Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems und damit das Preisbindungssystem selbst gefährdeten.²⁶⁾ Jedes Unterbieten des vorgeschriebenen Endverkaufspreises wurde von den Einigungsämtern als "Preisnachlaß" i.S.d. §1 RabG behandelt.²⁷⁾

22) heute "Einigungsstellen" vgl. §§ 13 RabG und 27a UWG; die Einrichtung der Einigungsämter geht ebenfalls auf "den unermüdlichen Kampf berufsständischer Organisationen" zurück, HAMMANN, Die Einigungsämter, Berlin 1936, S. 3/44.

23) HAMMANN, a.a.O., S. 3

24) s.o., S. 6

25) FRIEDENTHAL, Das Preisschleudern in Konkurs, Zwangsverwaltung und Liquidation, MuW 1931, S. 12

26) STERN, a.a.O., S. 68 m.w. Nachw.; SCHNEIDER, Der Markenartikel und die Bindung seines Preises als geschichtlich gewordener Ausdruck für die Notwendigkeit ständischer Wirtschaftsbindung, Jur. Diss., Jena 1934

27) vgl. RG 150, 271ff; B-H, 6. Aufl., S. 406;

Wettbewerbspolitisch gewichtiger noch erscheint die Anwendung des RabG auf Sonderverkäufe und Sonderangebote, die zu einem bevorzugten Werbemittel der größeren Betriebe im Einzelhandel geworden waren.²⁸⁾ "Das Rabattgesetz brach den Hauptmißstand der Sonderverkäufe, indem es die Rabattankündigung in geordnete Bahnen lenkte"²⁹⁾ Wie dieses Zitat auch belegt, wurde jede Werbung mit prozentualen Ermäßigungen, ja sogar "jedes Sichtbarmachen eines besonderen Preisvorteils" als "Preisnachlaß" i.S.d. § 1 RabG aufgefaßt.³⁰⁾ Das RabG brachte so über eine Beschränkung der Werbung mit Sonderverkäufen hinaus Einschränkungen für die Werbung mit dem besonderen Preis schlechthin. Erlaubt waren nur mehr allgemeine Ankündigungen wie z.B. "billige Preise" oder "Ultimotage".³¹⁾

Der Gesetzgeber hat diese Entwicklung nicht nur toleriert, er hat sie durch die spätere "Anordnung betr. Sonderverkaufsveranstaltungen" vom 4.7.1935 (RAnz Nr.158) bestätigt und vollendet.³²⁾ Es konnten dann sogar Ankündigungen wie "Restmodelle" oder "30 Teppiche mit kleinen Fehlern" untersagt werden.³³⁾ Mit dieser AO betr. Sonderverkaufsveranstaltungen, die in Bezug auf die Werbung mit dem Preisvorteil als Ergänzung des RabG aufzufassen ist, waren letztlich die "Wünsche des Einzelhandels voll erfüllt".³⁴⁾

4. Ergebnis und Konsequenzen

Die Bedeutung des RabG lag also keineswegs darin, "Mißständen" zu begegnen, die nach heutigem Wettbewerbsverständnis als Beeinträchtigungen eines leistungsgerechten Wettbewerbs erscheinen würden; das gilt nach Beseitigung

28) vgl. v.HIRSCH, Der moderne Handel, a.a.O., S. 305; NIESCHLAG, Binnenhandel, a.a.O., S. 29; HECHT-KÜMPFEL, a.a.O., S. 541ff

29) MEWES, a.a.O., S. 51

30) STRITZKE, a.a.O., S. 5; HECHT-KÜMPFEL, a.a.O., S. 644ff; vgl. auch B-H., 6. Aufl., S. 382; IHK Berlin, in: MuW 1931, S. 421

31) HECHT-KÜMPFEL, a.a.O., S. 541ff

32) vgl. TETZNER, Das Recht der Sonderveranstaltungen und Sonderangebote, Köln 1959, S. 15f; B-H, S. 1061f

33) HECHT-KÜMPFEL, a.a.O., S. 511 f

34) HECHT-KÜMPFEL, a.a.O., S. 479; vgl. auch LUTZ, a.a.O., S. 24

der vertikalen Preisbindung³⁵⁾ auch für die damals so heftig bekämpften Schleuderverkäufe mit Markenartikeln. Soweit "Mißstände" wie übermäßige Sparmarkenabgabe oder das Verschenken von Ware³⁶⁾ vom RabG erfaßt wurden, erscheint dies rückblickend eher als willkommener Nebeneffekt des Rabattverbots. Ziel des RabG war es im wesentlichen, die Einkommen im kleingewerblichen Handel zu sichern, was einerseits durch Einführung einer Obergrenze für Sparmarkenrabatte und andere "Barzahlungsnachlässe", andererseits durch die Beschränkung der Preiswerbung von Warenhäusern und Einheitspreisgeschäften sowie durch die Gleichschaltung von Rückvergütung des Handels und Warenrückvergütung der Konsumvereine erreicht werden sollte. Das RabG kann daher nur zu einem Teil als Ergänzung der ZugVO verstanden werden - soweit es die Rückvergütung des Handels regelt -; bedeutsamer ist der funktionelle Zusammenhang zwischen nationalsozialistischer "Einzelhandelschutzgesetzgebung" und RabG. In den ersten Stellungnahmen schon wurde das RabG daher auch zutreffend als "Teil des Mittelstandsprogramms" der NSDAP³⁷⁾ begrüßt und seine Aufgabe realistisch als "wesentliche Einschränkung der wettbewerblichen Tätigkeit" erkannt.³⁸⁾ Das RabG war das geeignete Instrument, den Wettbewerb im Einzelhandel der "ständischen Bindung" zu unterwerfen.³⁹⁾ Die Misere des Kleinhandels, die aus seiner Sicht eine Misere der übersteigerten Konkurrenz war, sollte mit dem RabG beendet werden - zu Lasten der leistungsfähigeren, preisaktiven Betriebe und letztlich auf Kosten des Verbrauchers.

35) 2.Gesetz zur Änderung des GWB vom 3.8.1973(BGBI.I,S917); zur alten Regelung vgl.LANGEN,Kommentar zum Kartellgesetz,4.Aufl.,Düsseldorf 1965,§16,S.9ff

36) es wurde als 100%iger Rabatt angesehen,vgl.B-H,6.Aufl.,S.384 m.w.Nachw.; das Verschenken von Ware wird heute ausschließlich nach §1UWG beurteilt,vgl.B-H,11.Aufl.,S.391

37) STRITZKE,a.a.O.,S.4; ähnliche Mittelstandspolitik wurde damals jedoch auch in anderen Ländern betrieben,vgl.das schweizerische Filialverbot(MUNZ,a.a.O.,S.86ff)

38) JUNKERSTORFF,Das neue Rabattrecht,a.a.O.,S.48

39) BÖHM,a.a.O.,S.XI

Mit Argumenten, die aus der Entstehungszeit des RabG stammen, läßt sich die Frage nach der Existenzberechtigung des RabG nicht lösen. Die heute noch in der Diskussion verwendeten Behauptungen eines "ruinösen Rabattwettbewerbs" oder sonstige Formulierungen existenzbedrohender Zustände, die zum Erlaß des RabG geführt hätten, entstammen der zeitgebundenen Propaganda interessierter Kreise; sie sollten heute daher unreflektiert nicht mehr verwendet werden.

Schließlich stellt sich die Frage, ob der Entstehungsgeschichte des RabG angesichts der revolutionären Wandlungen, die in der Zeit seit der Währungsreform im Handel eingetreten sind, überhaupt noch mehr als ein rein historisches Interesse entgegengebracht werden sollte.

4. Kapitel: Das historische Argument und die Entwicklungen im Einzelhandel und im Wettbewerb des Einzelhandels

1. Die Änderung der Handelsstruktur

In der Nachkriegszeit, vor allem aber seit Beginn der sechziger Jahre, kam es zu einem drastischen und immer noch anhaltenden Rückgang der Betriebe im Einzelhandel.¹⁾ Seit 1962 gaben fast 100.000 - ganz überwiegend kleine - Betriebe des Einzelhandels auf.²⁾ Gleichzeitig hat die schon in den zwanziger Jahren prophezeite "Verkaufsfabrik"³⁾ in Form von Supermärkten und Verbrauchermärkten sowie "SB-Warenhäusern" Realität und überragende Bedeutung gewonnen;⁴⁾ allein auf die beiden letztgenannten Betriebsformen sollen 1975 bereits 55% Umsatzanteil im Lebensmittelhandel entfallen sein.⁵⁾

Diese Strukturwandlung hat für den Facheinzelhandel natürlich erhebliche Probleme mit sich gebracht.⁶⁾ Sie kön-

1) IFO-Schnelldienst, 1974, Heft 23, S.1 und 5; DIEDERICH, Rettung im Verbundsystem?, SZ Nr.39 vom 17.2.76, S.9

2) (o.V.), "Immer mehr Einzelhändler schließen", SZ Nr.60 vom 12.3.76, S.28

3) HIRSCH, Handelsspanne, a.a.O., S.90; MUNZ, a.a.O., S.29/49

4) IFO-Schnelldienst, a.a.O., S.1ff; DIEDERICH, a.a.O., S.9

5) THOMA, Die Grenzen der Expansion, SZ Nr.35 vom 12.2.76, S.24

6) PAWLITZEK, Die Chancen des Fachgeschäfts, SZ Nr.42 vom 20.2.76, S.20

nen aber nicht mit der sozialen Problematik der Kleinhandelsmisere in der Zeit der Depression verglichen werden.

Da in der Nachkriegszeit nicht bloß eine starke Verminderung der selbständigen Betriebe im Einzelhandel eintrat, sondern gleichzeitig auch eine Woge des Konsums die Umsätze im Einzelhandel in eine vorher ungeahnte Höhe trieb,⁷⁾ entfernte sich der Einzelhandel weit von den dürftigen und hilfsbedürftigen Verhältnissen der Zeit der "Krämerläden".⁸⁾

2. Der Wettbewerb im Einzelhandel heute

Mit dem Vordringen großbetrieblicher Formen im Handel und der Zusammenschlußbewegung (EDEKA, u.a.) haben sich auch die Wettbewerbsverhältnisse im Einzelhandel von Grund auf gewandelt.

Hatten früher die Hersteller im Absatzprozeß die dominante Position inne, ist heute die Macht des Handels zu einem Problem geworden.⁹⁾ Konnte vor dem Krieg von bewußter Absatzgestaltung im Handel nur ausnahmsweise gesprochen werden, sind im Handel heute "Marketing" und "Verkaufsförderung" gängige Begriffe und tägliche Praxis.¹⁰⁾ War früher für den Einzelhandel preispolitische Unbeweglichkeit und eine "Erstarrung der Spannen und Preise", d.h. das Fehlen

7) TIETZ, Konsument und Einzelhandel, 2. Aufl., Frankfurt 1973, S. 233 m.w.Nachw.; GÜNTHER, Der Markenartikel als Instrument der Verbraucherpolitik, MA 1973, S. 233 m.w. Nachw.; MAUCHER-NIGGEMANN, Verkaufsförderung aus der Sicht des Lebensmitteleinzelhandels, in: LINNERT, Handbuch der Verkaufsförderung, Hamburg 1973, S. 67; SANDLER, Wie sich die Industrie auf Neues umstellt, SZ Nr. 45 vom 24.2.1976, S. 10

8) Der Anteil kleingewerblicher Einzelhändler am Umsatz der Gruppenorganisationen betrug 1975 nur mehr 8%, DIEDERICH, a.a.O., S. 9; vgl. auch IFO-Mitteilungen, a.a.O., S. 11

9) vgl. ARNDT, Die Macht der Nachfrage, WRP 1975, S. 9; Information des BMWi vom 15.11.1974, "Sündenregister machtstarker Firmen", in: WuW 1974, S. 799; SCHENK, Theorie und Ideologie der Nachfragemacht des Handels, in: WuW 1974, S. 149; SANDLER, a.a.O., S. 10

10) vgl. NIESCHLAG, Marketing, 4. Aufl., Berlin 1973, S. 32ff; LINNERT, a.a.O., S. 11; (o.V.), "Verkaufsförderung und ihre Probleme", in: MA 1972, S. 309; DIEDERICH, a.a.O., S. 9

jeglicher Preisaktivität,¹¹⁾ typisch, ist seit einigen Jahren - nicht nur im Lebensmittelhandel - die Werbung mit dem Preis stark in den Vordergrund getreten,¹²⁾ wobei ein Zusammenhang mit der Expansion der Verbrauchermärkte und SB-Warenhäuser offenkundig ist.¹³⁾ Dieser lebhafte Preiswettbewerb zeigt sich vor allem durch eine starke Zunahme der Werbung mit "Aktionspreisen", "Sonderangeboten", o.ä.¹⁴⁾

3. Mittelstandspolitik für den Handel heute

Insgesamt erscheint - wie hier nur kurz angedeutet werden konnte - der Handel in Struktur und Wettbewerbsverhalten in einer gegenüber der Vorkriegszeit völlig gewandelten Sicht. Zwar wird auch heute wieder von einem mittelstandspolitischen Problem im Einzelhandel gesprochen, vor allem im Blick auf die Ausdehnung der neuen Betriebsformen.¹⁵⁾ Es steht jedoch außer Frage, daß Mittelstandspolitik heute nicht mehr auf die Mittel nationalsozialistischer Einzelhandelsgesetzgebung zurückgreifen kann. Unterstützung für den mittelständischen Einzelhandel kann und braucht heute nicht mehr in gesetzlichen Zwangsmaßnahmen zur Wettbewerbsbeschränkung gesucht werden. Mittelstandspolitische Maßnahmen für den Handel zielen auf die Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen¹⁶⁾ mit Hilfe des GWB,¹⁷⁾ des Steuerrechts¹⁸⁾ oder der unmittelbaren "Mittelstandsförderung".¹⁹⁾ Der Lei-

11) WOLL, a.a.O., S.48

12) ULMER, a.a.O., S.208ff m.w.Nachw.

13) THOMA, a.a.O., S.24; NIESCHLAG, Betriebsformen, a.a.O., S.242

14) KRAFT, Unlautere Werbung mit Preiswürdigkeit?, WRP 1975, S.83; ANGEHRN, System des Marketing, Bern 1973, S.153; GEIGER, Sonderangebote werben für das gesamte Sortiment, MA 1968, S.414; RÖSCH, a.a.O., MA 1963, S.378

15) SÖLTER, Nachteilsausgleich für mittelständische Unternehmen, in: WuW 1974, S.657ff; GÜNTHER, Anmerkung zum Beitrag Sölters, in: WuW 1974, S.665

16) neuerdings diskutierte Maßnahmen gegen Verbrauchermärkte auf der Grundlage des Bauplanungsrechts sind strukturalistisch motiviert, vgl. (o.V.), Der Staat greift in den Vertrieb ein, SZ Nr.31 vom 7.2.1976, S.29

17) vgl. TRAUTMANN, Grünes Licht für die Mittelstandsempfehlung, in: WuW 1975, S.307; HAMM, Die Bedeutung des leistungsgerechten Wettbewerbs im Rahmen der Wettbewerbsregeln, in: WuW 1975, S.115 m.w.Nachw.

18) Verlustrücktrag für kleinere und mittlere Unternehmen

19) SÖLTER, a.a.O., WuW 1974, S.657ff

stungswettbewerb soll durch die mittelstandspolitischen Maßnahmen nicht mehr beschränkt, sondern gefördert werden. Zielvorstellungen der Vorkriegszeit wie "ruhiger Wettbewerb"²⁰⁾ und "ständische Bindung"²¹⁾ sind mit einer modernen Mittelstands- und Wettbewerbspolitik unvereinbar.

4. Ergebnis

Angesichts der tiefgreifenden Wandlungen im Einzelhandel und in den Auffassungen über die Lösung der mit diesem Wirtschaftszweig verbundenen Probleme kann die Frage nach der Funktion und der Berechtigung der rabattrechtlichen Regelungen nicht mehr mit Behauptungen oder Überlegungen beantwortet werden, die der Vorgeschichte des RabG entnommen sind. Es bedarf vielmehr der Untersuchung, welche Wirkungen vom RabG in seiner heutigen Auslegung und Anwendung ausgehen.

20) ROSENTHAL, Kommentar zum Wettbewerbsgesetz, Berlin 1930, 8. Aufl., Anm. 34 zu § 1 UWG

21) BÖHM, a.a.O., S. XI

II. Abschnitt: Die Begriffe Preisnachlaß und Rabatt
und ihre Bedeutung für den Anwendungsbereich des
Rabattgesetzes

1. Kapitel: Preisnachlaß und Rabatt als Grundbe-
griffe des RabG

1. Der zentrale Begriff des RabG, der den Anwendungsbereich der gesamten Regelung entscheidend bestimmt, ist in §1Abs.1 RabG der "Preisnachlaß" oder - vom Gesetzgeber gleichgesetzt - der "Rabatt".¹⁾ Schon die gesetzliche Identifikation von "Preisnachlaß" und "Rabatt" erweist sich bei näherer Betrachtung als gesetzestechnischer Fehler. Während nämlich das Wort "Rabatt" bei exakter Verwendung nur den Differenzbetrag selbst bezeichnet, der sich bei einer bestimmten Art oder Form der Preisermäßigung, der Rabatt-Gewährung, ergibt,²⁾ ist die deutsche Übersetzung in "Preisnachlaß" von vorneherein doppeldeutig. Es kann dabei sowohl der Vorgang der Preisermäßigung, das Nachlassen im Preis, als auch lediglich, im exakten Sinn des "Rabatts", das Ergebnis, die Spanne der Preisermäßigung gemeint sein.³⁾

Der Gesetzgeber verstand als "Preisnachlaß" wohl nur - trotz der unklaren Formulierung in §1Abs.2RabG - den Differenzbetrag, wie den Vorschriften der § 2 und § 4 klar zu entnehmen ist.⁴⁾ Deshalb und aus Gründen der Klarheit sollten die Begriffe Preisnachlaß und Rabatt auf den Sinn des Differenzbetrags beschränkt werden: der Preisnachlaß ist demnach nicht "eine Art der Preisermäßigung",⁵⁾ sondern das Ergebnis einer Preisermäßigung bestimmter Art oder Form.

2. Eine Spanne zwischen einem höheren und einem niedrigerem Preis ergibt sich nicht nur, wenn ein Rabatt gewährt wird.

1) aus dem Italienischen ("rabatto") im 17. Jhrh. bedeutungsgleich entlehnt, DUDEN, Herkunftswörterbuch, Mannheim 1963, S. 545; ähnlich auch M-W-G, Einl., Rz. 1

2) DÜRRHAMMER, Rabatte, was sie sind und was sie nicht sind, DB 1963, S. 37

3) so die h.M., vgl. z.B. B-H, S. 1423

4) ein "Barzahlungsnachlaß" wird, wie auch die Prozentangabe zeigt, vom Normalpreis abgezogen; vgl. auch § 4: "sofort vom Preis abziehen oder ..."

5) so z.B. B-H, S. 1423

Eine Differenz läßt sich auch zwischen einem früheren und einem neuen Preis ("Sie sparen jetzt"; "x% billiger") herstellen oder bei einer Preisspaltung zwischen den verschiedenen geltenden Preisen ("Ladenpreis/Versandpreis; Ladenpreis/Selbstbedienungspreis; Wiederverkäufer-/Endverbraucherpreis", usw.). Der "Preisnachlaß (Rabatt)" bezeichnet also nicht bloß die Spanne eines "Preisvorteils", er bezeichnet das Ergebnis einer besonderen Art oder Form von Preisermäßigung.⁶⁾ Welche Besonderheit dies nun sei, durch welche Merkmale sie bestimmt werden könnte, läßt sich weder der Literatur noch der Rechtsprechung zum RabG unmittelbar entnehmen, obwohl diese Frage entscheidend in fast jedem Anwendungsfall des RabG ist.

Während die Rechtsprechung den "Preisnachlaß" nur umschreibt, aber nicht inhaltlich Stellung nimmt, sondern ihn als selbstverständlich voraussetzt, erschöpfen sich die Beschreibungen des Rabatts in der Literatur in Ausführungen wie diesen: der Rabatt sei ein "besonderer Nachlaß",⁷⁾ er werde aus besonderen Gründen gewährt,⁸⁾ er sei ein "Ausnahmepreis",⁹⁾ usw. In dieser Unklarheit des Rabattbegriffs liegt das wesentliche Problem für die Auslegung und Anwendung des RabG.¹⁰⁾

3. Die Abgrenzung von Rabattgewährung und (erlaubter) Preissenkung oder Preisspaltung kann prinzipiell in zwei Richtungen erfolgen: Es kann abgestellt werden auf die äußere Erscheinung der Preisermäßigung (formaler Rabattbegriff)¹¹⁾ oder es kann die Abgrenzung nach der inhaltlichen Bewertung des zur Preisermäßigung führenden wirtschaftlichen Vorgangs vorgenommen werden (materieller Rabattbegriff).¹²⁾ Beide Methoden sollen sich nach Ansicht des BGH nicht ausschließen,¹³⁾ maßgeb-

6) vgl. M-W-G, Einl., Rz. 1, S. 30f; HOTH-GLOY, a.a.O., S. 323

7) HOTH-GLOY, a.a.O., S. 323; NICKLISCH, Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, 3. Aufl., Stuttgart 1960, Sp. 2019f

8) NIESCHLAG, Marketing, a.a.O., S. 245

9) B-H, S. 1423

10) vgl. B-H, S. 1423ff

11) vgl. z.B. B-H, S. 1423

12) vgl. NIESCHLAG, Marketing, a.a.O., S. 245

13) BGH, 12.11.74, NJW 1975, S. 215/216 (Buchbeteiligungszertifikate)

lich soll vielmehr jeweils die Beurteilung des gesamten Sachverhalts sein.¹⁴⁾ Daher wird, z.B., die rabattrechtliche Beurteilung der Preisermäßigung für "Vorkasse" danach ausgerichtet,¹⁵⁾ ob die Preisermäßigung "in wirtschaftlich vernünftigen Verhältnis zur Kreditleistung des Kunden" steht - materielles Kriterium - und ob der "Eindruck hervorgerufen wird, daß die Vorleistung nur Vorwand zum Rabatt ist"- formales Kriterium.

2.Kapitel: Der "Rabatt" im engeren Sinn

1. Als Rabatt i.e.S. ist nur der Betrag zu verstehen, der von einem "an sich geltenden" Preis, dem Leit-, Allgemein- oder Normalpreis, beim einzelnen Absatzakt abgezogen wird.¹⁶⁾ Ein Rabatt in diesem Sinn muß nicht auf einer ad hoc-Entscheidung beruhen,¹⁷⁾ er kann auch schon auf der Seite des Unternehmers vor dem einzelnen Absatzakt feststehen und in einer Ankündigung werblich verwertet werden.¹⁸⁾ Typisch ist aber, daß beim Rabatt i.e.S. das letztlich vom Kunden zu leistende Entgelt durch den Rabattabzug jeweils im Einzelfall errechnet wird. Verspricht der Unternehmer dem Kunden einen bestimmten "Nachlaß" auch künftig zu gewähren, kann ein Rabatt in Aussicht gestellt sein oder eine (gem. § 1Abs.2,2.Alt.RabG ebenfalls verbotene) Gewährung eines Sonderpreises, je nachdem, ob die künftige Preisermäßigung durch einen bestimmten Abzug oder von vorneherein durch eine niedrigere Preisstellung gewährt wird. Rabatt-Gewähren heißt i.e.S. also einen

14) zu einseitig daher B-H, S.1423 ("Rabatt ist ein formaler Begriff"), zutreffend dagegen P.ULMER, a.a.O., S.205 ("Tendenz zu formaler Beurteilung")

15) HOTH-GLOY, a.a.O., S.343 (die vorrangige Bewertung der materiellen Komponente dürfte jedoch nach neuerer Rspr. überholt sein)

16) vgl. JUNCKERSTORFF, Das neue Rabattrecht, MuW 1934, S.37; RG, 26.9.1933, MuW 1933, S.556; § 4Abs.1S.1RabG: "abziehen"

17) so der "Einzelnachlaß" als typischer Rabatt, s.u.Nr.3

18) häufig anzutreffen bei Skonti und Mengenrabatten; der leistungsbedingte Rabatt -s.u.Nr.2- wird i.d.R. vorher kalkuliert sein

Preisabzug vornehmen und das erklärt, weshalb echte Rabatte i.d.R. in percentualem Form angekündigt werden.¹⁹⁾

2. Der leistungsbedingte Rabatt (i.e.S.)

Wenn das Gewähren von Rabatt ein Abzug von einem Normalpreis ist, bedarf es für diese Abweichung von der Regel auch besonderer Gründe. Diese Besonderheiten müssen nicht nur die Abweichung als solche erklären - ein "Ausnahmepreis" ist auch das Sonderangebot -, gerade das besondere Verfahren, der Preisabzug, bedarf der Erklärung.

Nach NIESCHLAG²⁰⁾ ist der Rabatt eine Preisermäßigung für besondere Leistungen des Schuldners. Juristisch ist diese Ausdrucksweise zwar nicht angemessen, da NIESCHLAG nicht den Fall meint, daß der Schuldner im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages über die Verpflichtung zur Zahlung des Entgelts hinaus eine weitere (Neben-)Verpflichtung eingehen soll. NIESCHLAG bringt aus betriebswirtschaftlicher Sicht aber zutreffend zum Ausdruck, daß der Rabatt den Kunden dazu bewegen soll, einer bestimmten außergerichtlichen Gestaltung des Angebots zuzustimmen. Eine "Leistung" des Abnehmers kann in diesem Sinn die verschiedensten Gründe haben. Sie kann in der Annahme einer bestimmten Menge (Mengenrabatt) liegen; sie kann aber als Vorzicht auf das übliche Zahlungsmittel ausstellen (Skonto); sie kann in der Annahme von beschädigter oder unmodischer Ware liegen (echtes Sonderangebot). Eine abschließende Aufzählung derartigen Leistungsgründe ist nicht möglich.²¹⁾ Nur die "Leistung" des Kunden und der

19) BURMANN, Grundlagen und Praxis des Wirtschaftsrechts, 5. Band, Leitfaden für die Preisgestaltung, Berlin 1916, § 113 Abs. 2 S. 1; SCHWENK, Rabattpolitik, a.a.O., S. 118.

20) NIESCHLAG, Marketing, a.a.O., S. 245.

21) vgl. FAJANTT, Bürgerliches Gesetzbuch, 56. Aufl., München 1975, S. 197.

22) eine Übersicht über die häufigsten leistungsbedingten Rabatte bei Absatzhandelsverträgen, a.a.O., S. 118 ff.; SCHWENK, Rabattpolitik, a.a.O., S. 157.

Gewährung des Rabatts können die verschiedensten "Gründe gegenständlicher, zeitlicher, funktioneller oder räumlicher Natur"²³⁾ in Betracht kommen. Die "Leistungsgegenwart", d.h. die Abhängigkeit des Rabatts vom einzelnen Absatzakt, erklärt aber letztlich, weshalb der Rabatt, der Abzug von einem Normalpreis, unter bestimmten Umständen die wirtschaftlich angemessene Form sein kann, Angebot und Entgeltforderung in Übereinstimmung zu bringen. Der Rabatt i.e.S. ist "Anpassung des Preises an spezielle Absatzbedingungen", er dient der "preispolitischen Feinsteuerung"²⁴⁾

Der leistungsbedingte, mit einer Angebotsdifferenzierung verknüpfte Rabatt eignet sich im Prinzip für jede Absatzstufe. Aus naheliegenden Gründen ist jedoch der leistungsbedingte Rabatt im Wiederverkäuferbereich weitaus häufiger anzutreffen als auf der letzten Absatzstufe.

Die Notwendigkeit, den Absatzakt im Massengeschäft zu typisieren und zu vereinfachen, und die mit dem Begriff der "Preisoptik"²⁵⁾ umschriebenen Ziele lassen den Rabatt im Bereich der letzten Absatzstufe grundsätzlich weniger geeignet erscheinen. Im Verkehr mit dem Letztverbraucher wird nur im Ausnahmefall eine "Leistungsprämie", wie sie der echte Rabatt im Wiederverkäuferbereich i.d.R. ist, zweckmäßig sein;²⁶⁾ auch wird gegenüber dem Letztverbraucher eine Preisvergistigung im allgemeinen anschaulicher nicht in Form eines Preisabzugs, sondern in Form einer Preisgegenüberstellung - eventuell Angabe des Preisvorzells - dargestellt werden. Dies sei z.B. mit einer eigenen

23) B-H, S.1432

24) NIESCHLAG, Marketing, a.a.O., S.245

25) vgl. RÜSCH, a.a.O., MA 1962, S.378

26) Die Existenz der "Rabattmarke" widerlegt dies nicht, sondern bestätigt dies, vgl. unten IV. Abschn. 1. Kap. 3, denn die Sparmarke verkörpert nicht eine leistungsbedingte, sondern ausschließlich werblich bedingte Zuwendung und es ist zumindest fraglich, ob es sinnvoll ist, das Sparmarkenwesen überhaupt den "Rabatten" zuzuordnen

Beobachtung erläutert: Offenbar um der Konkurrenz von Discount-Betrieben entgegenzuwirken, haben einige Betriebe des Münchener Fachhandels für Unterhaltungselektronik sich zu einer Preis- und Angebotsdifferenzierung nach Inanspruchnahme von Service-Leistungen veranlaßt gesehen. In manchen Fällen ergaben sich so für dieselbe Ware bis zu fünf verschiedene Preise, je nach Angebot vom niedrigsten "Mitnehm-Preis" bis zum höchsten "Super-Service-Preis". Diese Preisstaffelung hätte dem (potentiellen) Kunden mit verschiedenen hohen Rabatten vom höchsten Preis dargestellt werden können, was aber - wie man sich leicht vorstellen kann - für den Kunden verwirrend und "preisoptisch" ungünstig gewesen wäre; da der Kunde sich zuerst am höchsten Preis orientiert hätte, wäre jedenfalls ein flüchtiger Vergleich zugunsten des billigen "Discounters" ausgefallen, der seinen Mitnahmepreis stets als Normalpreis führt. Entsprechend dieser Überlegung haben sämtliche preisdifferenzierenden Fachgeschäfte ihre Preisgestaltung nicht in Form von Rabatten, sondern in Form einer tabellarischen Preisgegenüberstellung bekannt gemacht. Somit hat sich in diesem Fall erwiesen, daß der in einer Angebotsdifferenzierung begründete Rabatt im Einzelhandel nur unter bestimmten Voraussetzungen, keinesfalls als generelle Ausdrucksform von Preisdifferenzierung in Frage kommen kann.

3. Rabatt und Einzelnachlaß

Wenn der Rabatt im Einzelhandel gleichwohl als verbreitetes und "uraltetes" Mittel des Wettbewerbs bezeichnet werden kann,²⁷⁾ ist dies wohl vor allem darin begründet, daß als Rabatt auch das Nachgeben im Preis erscheint, das den Kunden zum Vertragsschluß durch Gewähren eines Preisvorteils bewegen soll.

27) M-W-G, Einl., Rz. 1

Wird eine Ware nicht mehr individuell nach Bestellung, sondern für den Markt produziert und gehandelt,²⁸⁾ erweist es sich für Produzenten und Händler als zweckmäßig, vor dem einzelnen Absatzakt allgemein festzulegen, was die Ware kosten soll.²⁹⁾ Der Unternehmer wird grundsätzlich auch bestrebt sein, diesen Normal-, Leit- oder Allgemeinpreis dem Abnehmer gegenüber durchzusetzen, doch wird es - wie gezeigt - aus den verschiedensten Gründen es sich oft empfehlenswert erweisen, von dem Allgemeinpreis "nach unten" abzuweichen. Wenn nun aber ein Allgemeinpreis - wie üblich - besteht, wird sich jedes individuelle Nachgeben im Preis, jede Anpassung des Preises an die besonderen Verhältnisse im Einzelfall, wobei vor allem an die unterdurchschnittliche Zahlungswilligkeit eines Abnehmers zu denken ist, als Abzug von dem Normalpreis und damit als Rabatt i.e.S. darstellen lassen. Der Einzelnachlaß wird daher grundsätzlich dem Rabattverbot unterliegen.³⁰⁾

Es entspricht allgemeiner Auffassung in Literatur und Rechtsprechung, daß sich ein "Preisnachlaß" stets beim "Eintreten in den niedrigeren Preis des Konkurrenten oder ... dem Feilschen um den Preis" ergibt.³¹⁾ Der Einzelnachlaß ist daher das notwendige Korrektiv für die allgemeine preispolitische Entscheidung.

Dies tritt besonders deutlich zutage, wenn sich die allgemeine Preisentscheidung in einem Bruttopreissystem verfestigt hat. Besteht ein vorgeschriebener Preis (seit Neufassung der §§ 15f, 38 GWB die Ausnahme) oder eine "unverbindliche Preisempfehlung", wird "jedes Feilschen

28) so seit der Entfaltung der Industriegewirtschaft im vorigen Jahrhundert, SCHWERIN-v.KROSIGK, a.a.O. S. 68f GÜNTHER, a.a.O., MA 1973, S. 252

29) vgl. GUTENBERG, a.a.O., S. 179ff

30) vgl. B-H, a.a.O., S. 1422; TETZNER, Rabattgesetz, a.a.O., S. 59. Fraglich wird die Anwendung des RabG erst, wenn der Unternehmer behauptet, er habe den Preis im Verkaufsgespräch allgemein gesenkt, vgl. TETZNER, a.a.O., S. 61

31) ULMER, a.a.O., S. 210 m.w.Nachw.

um den Preis zu einem Feilschen um den Rabatt."³²⁾ Der Rabatt ist demnach - im Gegensatz zu NIESCHLAG -³³⁾ keineswegs notwendig oder nur regelmäßig "leistungsbedingt", d.h. mit einer Angebotsdifferenzierung verknüpft; er kann sich auch einfach daraus ergeben, daß der Abnehmer eine individuelle Preisermäßigung erzielt. Im übrigen bewirkt auch das RabG, daß Werberabatte zum Schein als leistungsbedingte Rabatte ausgegeben werden;³⁴⁾ werbliche Überlegungen werden schließlich bei jeder Rabattgewährung eine Rolle spielen, selbst wenn sie in einer Angebotsdifferenzierung begründet ist. Es kann daher ein innerer Zusammenhang zwischen Rabatt und Angebotsdifferenzierung nicht gesehen werden. Erscheint der Rabatt als Einzelnachlaß werden i.d.R. werbliche Motive überwiegen.

4. Allgemein angekündigte Rabatte

Während sich der werblich motivierte Preisabzug im Einzelfall im allgemeinen als Ergebnis einer Verhandlung um den Kaufpreis darstellt, wird der (überwiegend) leistungsbedingte Rabatt im allgemeinen vom Unternehmer kalkuliert sein. Typische leistungsbedingte Rabatte, wie Barzahlungsnachlaß (Skonto) oder Mengenrabatt, sollen prinzipiell jedem Abnehmer zugute kommen, sie sind Gegenstand der Planung (Rabattpolitik, im Wiederverkäuferbereich) und sie eignen sich auch für eine werbliche Verwendung in allgemeinen Ankündigungen.³⁵⁾

32) THEISEN, a.a.O., S. 84; vgl. auch MELLEROWICZ, Markenartikel. Die ökonomischen Gesetze ihrer Preisbildung und Preisbindung, Berlin 1963, S. 143; SCHEELE, a.a.O., S. 113

33) NIESCHLAG-DICHTL-HÖRSCHGEN, a.a.O., S. 245

34) z.B. mit überhöhter Inzahlungnahme gebrauchter Waren oder mit Verschieben eines Sachmangels, s.u. S. 51ff.

36) vgl. unten, S. 98

3. Kapitel: Der "Rabatt" im Wiederverkäuferbereich

1. Verwendung und wirtschaftlicher Hintergrund

In Bruttopreissystemen hat der "Rabatt" - von "Preisnachlaß" wird in diesem Zusammenhang nicht gesprochen - eine begriffliche Erweiterung über das formale Kriterium des Abzugsverfahrens hinaus erfahren. Dabei wird als "Rabatt" auch die gesamte Handelsspanne bezeichnet.¹⁾ Die Handelsspanne wird hier als Abschlag von dem vom Hersteller vorgeschriebenen oder empfohlenen Endverbraucherpreis berechnet. Die Handelsspanne erscheint dann als "Händlerrabatt" im Rahmen einer "Handelsaufschlagkalkulation" des Herstellers, die wiederum ein Ergebnis der Preisempfehlung ist, mit der der Hersteller sein Erzeugnis "preislich steuert".²⁾

Im Bruttopreissystem der Preisempfehlung wird die Entscheidung über den Endverbraucherpreis - jedenfalls die Entscheidung über seine obere Grenze - dem Hersteller zugerechnet. Das rechtfertigt es, die (vorkalkulierte) Handelsspanne - die Differenz zwischen dem Einstandspreis des Händlers und dem Endverbraucherpreis - als "Rabatt" zu bezeichnen, auch wenn die Preisempfehlung unverbindlich ist. Für die Übertragung des Rabattbegriffs auf die Handelsspanne dürfte aber darüberhinaus auch noch maßgeblich gewesen sein, daß die Handelsspanne sich idR erst aus einer Anzahl von echten Rabatten auf den Einstandspreis errechnen läßt, die leistungs- oder funktionsbedingt sein können oder aus Erwägungen der Verkaufsförderung heraus entstehen können.³⁾ Die Wettbewerbsposition der Handelsunternehmen wird deshalb auch entscheidend dadurch beeinflusst, ob es gelingt, beim Hersteller möglichst viele derartige Rabatte eingeräumt zu bekommen.⁴⁾

1) DÜRRHAMMER, a.a.O., DB 1963, S. 37 ; vgl. auch NICKLISCH, a.a.O., S. 4519f

2) vgl. SCHEELE, a.a.O., S. 118ff ; näher oben, S. 36ff ; S. 106ff

3) vgl. HIRSCH, Handelsspanne, a.a.O., S. 61 ; SCHEELE, a.a.O., S. 118ff

4) vgl. SACK, Zur sachlichen Rechtfertigung von Preis-, Rabatt- und Konditionsdiskriminierung, WRP 1975, S. 385 ; SKIBA, Preisdiskriminierung und Wettbewerbspolitik, Frankfurt 1971, S. 3ff ; vgl. auch (o.V.), Sündenregister marktstarker Firmen, in: WuW 1974, S. 799

Mit dem Rabatt ist demnach nicht nur im Bereich der letzten Absatzstufe, sondern auch im Wiederverkäuferbereich eine gewisse Problematik verbunden. Entsprechend finden sich gesetzliche Regelungen des Rabatts nicht nur für den Verkehr mit dem Letztverbraucher im RabG, sondern für den Wiederverkäuferbereich auch im GWB (§§ 2f).⁵⁾

2. Das Verhältnis von RabG und GWB

Verschiedentlich ist daher auch versucht worden, aus der Regelung des Rabattkartells in § 3 GWB Folgerungen für eine Rabattregelung in der Letztverbraucher-ebene zu ziehen und umgekehrt.⁶⁾ Dafür wäre jedoch ein qualifizierter Sinnzusammenhang zwischen den beiden Regelungen vorauszusetzen, der z.B. von ULMER in der "Einheit der Wettbewerbsordnung" gesucht wurde.

Schon in der gesetzestechnischen Funktion sind jedoch § 3 GWB und § 1 RabG nicht vergleichbar: § 3 GWB regelt die Ausnahme von einem grundsätzlichen Verbot, § 1 RabG stellt in Bezug auf Preisautonomie und Wettbewerbsfreiheit ein Verbot mit Ausnahmecharakter dar. Aus der Zulässigkeit einer freiwilligen Wettbewerbsbeschränkung in § 3 GWB kann sich nicht als logische Konsequenz eine zwangsweise Wettbewerbsbeschränkung durch das RabG ergeben und umgekehrt.

Im übrigen kann der Gedanke der "Einheit der Wettbewerbsordnung" nicht die Forderung nach einem gleichen Recht für alle Wirtschafts- und Wettbewerbsbereiche rechtfertigen. Eine Vergleichbarkeit von Rabattkartellen und gesetzlichen Rabattverbot kann daher nicht gesehen werden.⁷⁾

5) vgl. LANGEN, a.a.O., § 3 S.3ff; Beispiele aus der Rspr.: KG, 12.9.1974, WuW 75, S.401 (Kabinettsartikel); LG Hamburg, 9.1.1974, WuW 74, S.255/256

6) vgl. ULMER, a.a.O., S.208ff m.w.Nachw.

7) so im Ergebnis auch ULMER, a.a.O., und KOENIGS, a.a.O., NJW 1961, S.1041/1044

4. Kapitel: Der normative Rabattbegriff

1. Entwicklung und Wandlungen

Der Rabatt wurde definiert als Betrag, der von einem "an sich geltenden" Normalpreis abgezogen wird.¹⁾ Es wurde ferner festgestellt, daß zwar der Gesetzgeber den "Preisnachlaß" in diesem Sinn in den §§ 2ff RabG gebraucht hat,²⁾ daß die Rechtsentwicklung vor dem Krieg das Rabattverbot sehr schnell auf die verschiedensten Formen von Werbung mit dem Preisvorteil ausgedehnt hat.³⁾ Dementsprechend wurde auf eine klare Abgrenzung des Tatbestandsmerkmals "Preisnachlaß" in § 1 Abs. 1 RabG zugunsten der Möglichkeit, das RabG praktisch beliebig für jeden Fall von Werbung mit dem Preisvorteil anzuwenden, verzichtet. Es war die Auffassung vorherrschend, das RabG sei "möglichst weit"⁴⁾ auszulegen.

Diese Auffassung wurde nach dem Krieg bis in die sechziger Jahre uneingeschränkt übernommen⁵⁾ und konsequent weitergeführt, wie die Entscheidungen zum "portofreien Versand" und "Teilzahlungskauf"⁶⁾ beispielhaft zeigen.

Obwohl die neuere Rechtsprechung⁷⁾ sich bereits eindeutig und entschieden dafür ausgesprochen hat, den Tatbestand des § 1 RabG eng einzugrenzen, und sich so von einer extensiven Auslegung des Rabattbegriffs abgewendet hat, vermeidet sie sichtlich eine klare Aussage über den Inhalt des normativen Rabattbegriffs zu treffen; wodurch sich der Rabatt von der Preisermäßigung unterscheidet, kann der Rechtsprechung allenfalls indirekt, aus dem Ergebnis des Urteils entnommen werden.⁸⁾

In der Literatur hat sogar noch kaum Beachtung gefunden, daß die Rechtsprechung sich von der extensiven Auslegung des Rabattbegriffs abgewendet hat. So spiegelt sich in der Literatur

1) s.o., S. 21

2) s.o., S. 19

3) s.o., S. 12ff

4) KG, 19. 3. 1935, JW 35, 2386/87

5) vgl. B-H, 6. Aufl., S. 379

6) BGH, 23. 1. 1959, GR 59, S. 326 bzw. BGH, 24. 2. 59, GR 59, S. 329

7) s.o., S. 2 FuBn. 9

8) vgl. ebenda

noch deutlich die bereits überwundene extensive Auslegung des Rabattverbots,¹⁰⁾ die zu "Definitionen" führte wie der, daß beim Rabatt "im allgemeinen ein höherer Preis" vorausgesetzt würde¹¹⁾ oder daß für die Rabattgewährung "der Eindruck" typisch sei, "daß hier etwas Besonderes geschieht!"¹²⁾ Die Kommentare zum RabG erläutern den "Preisnachlaß" immer noch mit dem Normalpreis/Ausnahmepreis-Schema,¹³⁾ dessen Untauglichkeit schon angesichts der Rechtsprechung zum Sonderangebot seit langem zutage getreten ist.¹⁴⁾

2. Die extensive Auslegung des RabG und der Wille des Gesetzgebers

Für die Erklärung und die Rechtfertigung einer Auslegung, wie sie der "Preisnachlaß" in § 1Abs.1 RabG erfuhr und wie sie heute noch nachwirkt, ist es von erheblichem Interesse, ob sich diese Auslegung auf den "Sinn des Gesetzes" berufen kann und ob sie durch den "Willen des Gesetzgebers" legitimiert ist.¹⁵⁾

Eine solche Legitimation könnte aus § 1Abs.2 RabG abgeleitet werden, wenn diese Vorschrift als eine eigene Definition des "Preisnachlasses(Rabatts)" aufzufassen wäre.

Nach § 1Abs.2 RabG gelten "als Preisnachlässe im Sinn des Gesetzes ... N a c h l ä s s e von den Preisen, die ein Unternehmer ankündigt oder allgemein fordert, oder S o n d e r p r e i s e, die ..." (Hervorh.durch den Verf.). Der Sinn der tautologisch wirkenden Feststellung, daß als "Preisnachlässe ... Nachlässe von Preisen" zu gelten hätten, kann darin liegen, daß auf den bestimmten Sinngehalt des Rabatt- oder Barzahlungsnachlaß-Begriffs, wie er in den §§ 2ff RabG zum Ausdruck kommt, verzichtet werden soll. Was als "Nachlässe von den Preisen" zu verstehen sei, wäre vom Gesetzgeber damit der Rechtsentwicklung in der Praxis anheimgestellt worden.

10) vgl.z.B. HOTH-GLOY, a.a.O., S.343 zur Preisermäßigung bei Vorkasse

11) DÖRINKEL, a.a.O., S.7

12) BUSSMANN-DROSTE, Werbung und Wettbewerb im Spiegel des Rechts, Essen 1951, S.106

13) vgl.B-H, a.a.O., S.1423; M-W-G, S.29ff; HOTH-GLOY, a.a.O., S.330

14) vgl.oben, S.46 f

15) Vgl.LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1969, 2.Aufl.S.296f

Einleuchtender erscheint es jedoch, die Vorschrift des § 1 Abs. 2, 1. HS nicht als eine - sehr unzulängliche - Legaldefinition des "Preisnachlasses", sondern als eine nähere Bestimmung für die Ermittlung des "Normalpreises" aufzufassen.

Das Reichsgericht¹⁶⁾ hat richtig gesehen, daß Voraussetzung jedes Preisabzugs ein *e i g e n e r* Normalpreis ist, von dem der Abzug erfolgen kann; mehr kann aber auch dieser Entscheidung, die mit der Problematik der Preisangabe des Herstellers beschäftigt war, nicht entnommen werden. Richtig ist diese Entscheidung nach der Systematik und dem Wortsinn des RabG schon deswegen, weil "der Unternehmer" i. S. d. § 1 Abs. 2, 1. HS mit demjenigen identisch sein muß, der gem. dem ersten Absatz dieser Vorschrift den Preisnachlaß ankündigt oder gewährt.¹⁷⁾

Das Reichsgericht gibt dem Tatbestand des § 1 RabG in sinngemäßer Auslegung ein zusätzliches Abgrenzungsmerkmal. Nach dieser Auffassung hat § 1 Abs. 2, 1. HS, an den die Auslegung des Gerichts anknüpft, nur den Sinn festzustellen, daß der Preis, von dem der Nachlaß gewährt werden kann, der "eigene Normalpreis" also, *a n g e k ü n d i g t* sein kann; daß es zu seiner Feststellung aber auch genügt, wenn ein Preis "allgemein *g e f o r d e r t*" (§ 1 Abs. 2, 1. HS) - wird. Diese Vorschrift ist aus dem Umstand zu verstehen, daß bei Erlaß des RabG mangels wirksamer Preisauszeichnungsvorschriften jeder Unternehmer das Gesetz hätte umgehen können, wenn zur Feststellung eines Normalpreises nicht auch schon eine "Mehrzahl der geforderten Preise"¹⁸⁾ hätte genügen können. Zweck der Vorschrift des § 1 Abs. 2, 1. HS ist daher die Klarstellung, daß der Normalpreis nicht notwendig durch eine allgemeine Ankündigung, sondern auch schon durch ein tatsächliches Verhalten des Unternehmers gebildet würde.

In der Rechtsprechung der Nachkriegszeit wurde diese Vor-

16) RG, 14.2.1936, in: RGZ 150, S. 272/276

17) unstreitig, vgl. B-H, S. 1445f mwNachw.; BGH, 10.6.1960, GR 60, S. 495 (WIR-Rabatt)

18) RG, a. a. O., S. 276

schrift im Anschluß an die zitierte Reichsgerichtsentscheidung als Definition des "Preisnachlasses" benutzt.¹⁹⁾ Sie kann sich damit zwar auf den im Gesetz und in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck gekommenen "Willen des Gesetzgebers" berufen.²⁰⁾ Sinnvoll und zweckmäßig kann diese Auslegung jedoch nicht erscheinen, daß sie auf einen konkretisierbaren "Rabatt"-Begriff verzichtet und letztlich die in § 1Abs.2 enthaltene Tautologie übernimmt, wie in einer frühen BGH-entscheidung auch nicht zu übersehen ist:²¹⁾

"Nach § 1Abs.2 RabG ist für die Feststellung eines Preisnachlasses maßgebend, daß der Unternehmer der letzten Handelsstufe Preisnachlässe (Rabatte) ankündigt oder gewährt, die von seinem angekündigten oder allgemein geforderten Preis abweichen."

Wird der "Preisnachlaß" dermaßen als "Unterbietung eines Normalpreises" definiert, verliert er notwendig die Abgrenzbarkeit gegenüber dem Preisvorteil. Die Rechtsprechung zum RabG führt also bis heute in gewisser Weise die Auslegung der Einigungsämter fort, die das RabG in ein grundsätzliches Verbot des "nicht gerechtfertigten" Ausnahmepreises verwandeln wollten.²²⁾

3. Ergebnisse und Konsequenzen

Es steht fest, daß das RabG in § 1Abs.2,1.HS einen Ansatz für eine extensive Auslegung des "Preisnachlasses" bietet.

Wenn die Rechtsprechung neuerdings die Forderung stellt, daß RabG solle "an eng begrenzte Tatbestände" anknüpfen,²³⁾ ergibt sich jedoch die Notwendigkeit, in Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung, zu einer echten, abgrenzbaren Definition des "Preisnachlasses" zu finden; eine solche Definition kann nur in der Beschreibung des Rabatts als Preisermäßigung durch Preisabzug gefunden werden. Sonderpreis (§ 1Abs.2,2.HS)

19) zuerst in BGH, 18.4.1958, S. 1140/42 (Antibiotika); BGH, 30.5.1958, NJW 58, S. 1349 (Elektrogeräte); als jüngeres Beispiel vgl. Leitsatz des OLG Stuttgart, 31.5.1974, WuW 75, S. 150 (Möbelcenter); vgl. auch B-H, S. 1422f m.w.Nachw.

20) vgl. Wortlaut von § 1Abs.2 und GBegr., in M-W-G, S. 184

21) BGH-Antibiotika, a.a.O.; der Satz läßt erkennen, daß das Gericht mit dem "Preisnachlaß" keine konkreten Vorstellungen verband: wie kann ein Preisnachlaß von einem Normalpreis abweichen?

22) s.o., S. 12f

23) BGH, 12.11.1974, NJW 75, S. 215/217 (Buchbeteiligungszertifikate)

und Rückvergütung des Handels (§ 4 RabG und DVO) erscheinen gegenüber dem Rabatt (i.e.S.) als eigene Tatbestände, die in die Regelung der "Preisnachlässe" kraft gesetzlicher Fiktion einbezogen sind.

Die Geschichte des RabG in Theorie und Praxis zeigt, daß jede Auslegung, die den "Preisnachlaß" über den Begriff des Rabatts (i.e.S.) hinaus erweitert, keine festen Konturen gewinnen kann. Es ist offenkundig, daß der Rechtsprechung seit langem erhebliche Schwierigkeiten begegnen, eine vernünftige und wettbewerbspolitisch vertretbare Auslegung des RabG zu finden und das unter obrigkeitsstaatlichem Einfluß entstandene und geprägte Gesetz dem heutigen Wettbewerbsverständnis anzupassen. Mit den Ergebnissen dieser Entwicklung beschäftigen sich die folgenden Kapitel.

III. Abschnitt: Das Verbot der Preisnachlässe

Teil A: Rabattverbot und Werbung mit dem Preisvorteil

1. Kapitel: Inhalt und Bedeutung des Rabattverbots

§ 1 Abs. 1 RabG verbietet, "Preisnachlässe" ..anzukündigen oder zu gewähren. In der ersten Alternative, der Regelung der Rabattankündigung, betrifft das RabG unmittelbar die Zulässigkeit der werblichen Aussage; es muß insoweit im Zusammenhang mit anderen wettbewerbsrechtlichen Normen gesehen werden, die die Zulässigkeit werblicher Ankündigungen ausschließ-lich (wie z.B. § 3 Abs. 3 der VO vom 13.7.1950, der die Zulässigkeit von Preisgegenüberstellungen in Schlußverkäufen regelt) oder zu einem wesentlichen Teil (wie z.B. § 3 UWG in Bezug auf irreführende Behauptungen) ¹⁾ unter bestimmten Voraussetzungen beschränken.

In der zweiten Alternative des § 1 Abs. 1, dem Verbot, "Preisnachlässe ... zu gewähren", betrifft das RabG nicht die Freiheit der werblichen Aussage, sondern es beschränkt die unternehmerische Freiheit der Preisgestaltung.

Nach heute herrschender Meinung soll das RabG den Unternehmer im Verkehr mit dem Letztverbraucher "an seinen Normalpreis binden" ²⁾ "jeder im Einzelfall unter dem angekündigten oder allgemein geforderten Preis ... liegende Preis enthält einen Preisnachlaß i.S.d. RabG" ³⁾

Die Konsequenzen einer derartigen Auffassung für die Preisautonomie des Unternehmers werden von der h.M. jedoch nicht zur Kenntnis genommen. Daß mit dem Rabattverbot ein ernst zu nehmender Eingriff in die Freiheit der Preisgestaltung vorliege, sei nicht anzunehmen, weil sich das RabG nur gegen "Mißbräuche im Rabattwettbewerb" richte. ⁴⁾

Demgegenüber wäre zunächst auf das Verbot des Einzelnachlasses zu verweisen: Als Verbot der Preisermäßigung im Einzelfall ⁵⁾ stellt das Rabattverbot unbestreitbar einen Eingriff in

1) vgl. ULMER-REIMER, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Bd. 3, Deutschland, Köln 1968, S. 431ff

2) vgl. BGH, 30.5.1958, NJW 58, S. 1349 (Elektogeräte)

3) B-H, S. 1422; vgl. auch: M-W-G, S. 29; HOTH-GLOY, S. 330

4) vgl. P. ULMER, a.a.O., S. 204 m.w. Nachw.

5) unstr., vgl. Nachw. bei Fußn. 3

die Freiheit der Preisgestaltung dar; fraglich kann allenfalls sein, wieweit dieses Verbot den Wettbewerb mit dem Preis negativ, d.h. beschränkend, beeinflusst.

Während die h.M. zu erkennen gibt, daß sie dem Rabattverbot keine wettbewerbsbeschränkende Wirkung beimißt,⁶⁾ zeigt P. ULMER überzeugend, daß die Freiheit der Preisgestaltung nicht einfach auf eine Freiheit, einen Normalpreis zu bilden, reduziert werden kann.⁷⁾

Der Einzelnachlaß ist ein spezielles - auch besonders wichtiges - Problem des Rabattverbots; mit seinem sporadischen Charakter verbindet sich eine eigene Problematik, die sich wesentlich von den wettbewerbspolitischen Problemen planmäßiger "Preisnachlässe" unterscheidet und eine gesonderte Betrachtung erforderlich macht.⁸⁾

Mit der Unterscheidung planmäßiger und sporadischer "Rabatt"-Gewährung stellt sich die Frage, wie die Preisunterbietung systematisch einzuordnen ist, die sich als Einzelnachlaß geriert, tatsächlich aber das Ergebnis planmäßigen Werbeverhaltens ist.⁹⁾ Für die Einordnung in den Zusammenhang der Einzelnachlässe war maßgebend, daß in der Anwendung des RabG die Motivation des werblichen Verhaltens grundsätzlich unbeachtlich ist, entscheidend soll stets "die Auffassung der Verbraucher" und damit also der äußere Tatbestand sein.¹⁰⁾ Außerdem war zu beachten, daß der vorgetäuschte Einzelnachlaß als Rechtfertigung für ein präventives Verbot des Einzelnachlasses zitiert werden kann.¹¹⁾

Da die Problematik des Einzelnachlasses und des vorge-täuschten Einzelnachlasses vorerst dahingestellt bleiben soll,

6) vgl. ULMER, a.a.O., S. 204 m.w.Nachw.; so auch schon GBegr., in: M.-W.-G., S. 183 und STRITZKE, a.a.O., S. 5

7) ULMER, a.a.O., S. 207/214 m.w.Nachw.; unstreitig ist, daß der Rabatt nicht prinzipiell leistungsfremder Natur ist, vgl. FIKENTSCHER, Preisunterbietung, a.a.O., S. 116; LOBE, Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Bd. I, Berlin 1907, S. 10

8) vgl. unten, S. 54 ff

9) vgl. zB. OLG Hamburg, 1.3.1973, WRP 73, S. 425 (Gotland-Mantel)

10) vgl. B.-H., S. 1423f m.w.Nachw.

11) s.u., S. 62 ff

so beschränkt sich die Darstellung der Wirkungen des Rabattverbots auf die Sachverhalte *planmäßiger* "Werberabatte". Dabei ergibt sich wegen der vielfältigen Auswirkungen und Bezüge des Rabattverbots die Notwendigkeit, drei Bereiche zu unterscheiden:

In den folgenden Kapiteln zwei und drei wird die rabattrechtliche "Bindung an den Normalpreis" in den zwei Varianten der Bindung an die fremde und der Bindung an die eigene Preisangabe dargestellt. Die Rechtsprechung und h.M. will in der Behandlung dieser Fälle die Gewährung des Preisvorteils an sich nicht behindern; sie will nur erreichen, daß der Händler den richtigen Verkaufspreis angibt. Im vierten Kapitel geht es um die gezielte Beschränkung des Preisvorteils anhand des Rabattverbots.

2. Kapitel: Rabattverbot und Preisaufdruck des Herstellers

Eine Endverkaufspreis-Angabe des Herstellers kann entweder nach außen, für den Verbraucher sichtbar, als Preisaufdruck¹⁾ oder als interne Information²⁾ in Erscheinung treten (Verbraucher bzw. Händlerpreisempfehlung, je nach Adressaten)

Im Gegensatz zum "Listen- oder Richtpreis"³⁾ stellt sich der Preisaufdruck dem Kunden sichtbar als ein vom Hersteller bestimmter Preis dar, womit sich rabattrechtlich die Frage ergibt, ob der Händler, wenn er unter dem Preisaufdruck verkauft, einen "Nachlaß" von einem "eigenen Normalpreis" gewährt.

Rabattrechtlich wird die Unterbietung des aufgedruckten Preises auch heute noch nach den in der Entscheidung des Reichsgerichts vom 14.2.1936⁴⁾ niedergelegten Grundsätzen gelöst. Danach verletzt der Händler das Rabattverbot, wenn er die Ware unter dem aufgedruckten Preis verkauft und nicht eindeutig klargestellt hat - durch Abänderung oder Durchstreichen des Preisaufdrucks - daß "sein Preis" ein anderer ist. Für einen vom OLG Hamm entschiedenen Fall⁵⁾ fassen GLEISS-HOOTZ⁶⁾ das Ergebnis dieser Auslegung treffend in die Formel: "Nimmt der Dis-

1) vgl. B-H, S. 1424 m.w.Nachw.

2) vgl. FIKENTSCHER, Preislistentreue im Recht der Werbeagenturen, Stuttgart 1968, S. 19ff; (o.V.), IFO, a.a.O., 1976, Heft 15, S. 5/6

3) die interne Endpreisangabe findet sich meist in Preislisten

4) RGZ 150, 271/276; vgl. B-H, S. 1423 m.w.Nachw.

5) OLG Hamm, 5.10.1962, BB 63, S. 11

6) "Bindet das RabG den Einzelhändler an aufgedruckte Preise?" NJW 63, S. 627

counter, Erg.d.Verf.) einen Preis, der niedriger liegt, z.B. 20%, so gibt er eben 20% Rabatt!"

Zunächst ist gegen die Methodik der Auslegung, die in dieser Auffassung zutage tritt einzuwenden, daß das Reichsgericht und mit ihm die heute herrschende Meinung es unterläßt, die in der Anwendung des Rabattverbots gem. § 1 Abs. 1 RabG für den gegebenen Sachverhalt **e n t s c h e i d e n d e** Frage zu stellen, ob der Bekl. durch das Unterbieten der Herstellerpreisangabe einen Rabatt i.S.d. § 1 RabG gewährt. Statt dessen wurde zum allein entscheidenden Kriterium die Frage erhoben, ob der Preisaufdruck als "Normalpreis" des Händlers anzusehen sei, was vom Reichsgericht sicher zu Recht bejaht wurde. Falsch war es jedoch, an die Feststellung des "Normalpreises" ohne jede weitere Erörterung die Entscheidung zu knüpfen, daß damit die Unterbietung als "Rabattgewährung" zu behandeln sei; vielmehr hätte nun erst die entscheidende Überlegung ansetzen müssen, ob der Bekl. die Unterbietung des Normalpreises als "Rabatt" dargestellt hatte.⁷⁾

Die Auslegungsmethode des Reichsgerichts setzt voraus, daß als "Preisnachlaß" jeder Preisvorteil erscheinen kann, da auf eine Abgrenzung von Rabatt und Preisvorteil verzichtet wird; es wird demnach der Entscheidung die Auffassung vom "Preisnachlaß" als "Ausnahmepreis" zugrunde gelegt.⁸⁾ Immerhin jedoch trat das Reichsgericht in seiner Entscheidung der Auffassung des Klägers entgegen,⁹⁾ der Händler sei rabattrechtlich ohne weiteres an den Preisaufdruck des Herstellers gebunden, woraus sich eine umfassende und allgemeine Preisbin-

7) Diese Auslegungsmethode wird nur vertretbar, wenn in § 1 Abs. 2 RabG eine Legaldefinition des "Preisnachlasses" gesehen wird, wodurch der inhaltlich bestimmte Rabattbegriff durch das unbestimmte "Nachlässe von den Preisen" ersetzt wird, s.o., S. 30f

8) ebenda, vgl. oben, S. 31 f

9) was ferner die Annahme erforderlich macht, "Unternehmer" i.S.d. § 1 Abs. 2 RabG könne ein anderer als derjenige sein, der den Rabatt gewährt; zum "Unternehmerbegriff" im RabG vgl. B-H, S. 1445; SCHÖNHERR, Probleme des österr. Zugabe- und Rabattrechts, in: Festschrift für HEFERMEHL, Heidelberg 1971, S. 163; unstreitig ist, daß der "Unternehmer" i.S.d. § 1 Abs. 2 RabG identisch sein muß mit dem, der den Preisnachlaß gewährt oder ankündigt, vgl. B-H, S. 1446ff m.w.Nachw.

dung für Markenartikel ergeben hätte.

Die Entscheidung des Reichsgerichts ist daher als Kompromiß zu sehen: dem Einzelhändler wird die Unterbietung des Preisaufdrucks erlaubt, wenn er den Preisaufdruck eindeutig durch eine eigene Preisauszeichnung entkräftet. Die "Bindung an den Normalpreis" bedeutet für die Unterbietung des Preisaufdrucks also keine Preisbindung, sondern sie soll den Einzelhändler letztlich nur zur Angabe des richtigen Verkaufspreises veranlassen.¹⁰⁾ Die "Bindung an den Normalpreis" bedeutet in diesem Fall nur, daß der Einzelhändler zur richtigen Preisauszeichnung verpflichtet wird.

Die Entscheidung erscheint auf den ersten Blick in einem günstigen Licht. Eine Verpflichtung zur Angabe des richtigen Verkaufspreises erscheint unter den Gesichtspunkten der Preiswahrheit und Preisklarheit ein sinnvolles Ergebnis zu sein.¹¹⁾

In einem vom OLG Hamm entschiedenen Fall¹²⁾ werden jedoch bereits gewisse, wettbewerbspolitisch fragwürdige Konsequenzen dieser Anwendung des RabG auf die Unterbietung des Preisaufdrucks sichtbar. In dem Fall des OLG Hamm war die Preisempfehlung aus kartellrechtlichen Gründen rechtswidrig. Um nicht eine rabattrechtliche Bindung an einen rechtswidrigen "Normalpreis" feststellen zu müssen, hat das Gericht den Rabattverstoß aus kartellrechtlichen Gründen verneint. GLEISS-HOOTZ¹³⁾ wenden dagegen zutreffend ein, das Gericht habe zu Unrecht den Rabattverstoß verneint, da kartellrechtliche Erwägungen die Ankündigung des Normalpreises, die mit der Auslegung des unkorrigierten (gleichwohl rechtswidrigen) Preisaufdrucks eben vorgenommen worden sei, nicht beeinflussen könnten.

Gegenüber der wettbewerbspolitischen Fragwürdigkeit einer solchen Entscheidung, die das Gericht zur Umgehung des RabG veranlaßte, genügt es jedoch nicht, sich auf "die alte Erkenntnis ..., daß das RabG auf der Stufe des Einzelhandels wie eine Preisbindung wirkt ..." ¹⁴⁾ zurückzuziehen.

10) so auch die heutige Rechtslage, vgl. BKA-Mitteilung, in: BB 1960, S. 804 und WuW 1960, S. 209; VÖLP, Die Preisempfehlung in der Praxis, in: WRP 1973, S. 561; BGHZ 28. Bd., S. 225

11) vgl. BGH-Elektrogeräte I, a.a.O., ULMER, a.a.O., S. 204 m.w.N.

12) OLG Hamm, 5. 10. 62, BB 1963, S. 11

13) GLEISS-HOOTZ, a.a.O., S. 627

14) ebenda; das Argument ist in diesem Fall auch unzutreffend, vgl. oben, S. 39f

In den letzten Jahren haben die Preisempfehlungen eine sehr große, nach Ansicht mancher Beobachter beunruhigende Häufigkeit erreicht.¹⁵⁾ Wettbewerbspolitisch bedenklich ist diese Entwicklung, weil die Preisempfehlung in Richtung einer "Erstarrung der Preise und Spannen" im Einzelhandel wirken kann.¹⁶⁾ Der Preisaufdruck erleichtert es dem Handel, den Preis gegenüber dem Kunden durchzusetzen und zu halten;¹⁷⁾ auch ist mit der Preisempfehlung das Problem des Mondpreises verbunden.¹⁸⁾

Bei dieser Sachlage bedürften wettbewerbsrechtliche Regelungen, die die wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Preisempfehlung noch verstärken könnten, einer besonders eingehenden Prüfung auf Wirkung, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit. Gleichwohl dürfte sich eine solche Prüfung für die rechtliche Bindung an den Preisaufdruck erübrigen.

Da die "Bindung an den Normalpreis" in diesem Fall - wie oben ausgeführt - sich praktisch auf eine Verpflichtung zur Angabe des richtigen Preises reduziert, tritt das RabG insoweit in Konkurrenz zum Preisangabenrecht. Spätestens seit Erlass der Preisangabenverordnung vom 10.5.1973 (PrAngVO)¹⁹⁾ ist das RabG als Bindung an den Preisaufdruck überflüssig geworden. Es ist speziell Aufgabe und Zweck der PreisAngVO die Ziele von Preiswahrheit und Preisklarheit im Verkehr mit dem Letztverbraucher zu verwirklichen - vgl. § 1 Abs. 7 PrAngVO -, weshalb sie gerade für den Handel die Preisauszeichnungspflicht eingehend regelt (§ 2 PrAngVO). Somit ist bereits über das Preisangabenrecht die Verpflichtung des Einzelhändlers zur Angabe des richtigen Verkaufspreises begründet; mit einer planmäßigen Unterbietung des unkorrigierten Preisaufdrucks

15) (o.V.), "BKA beklagt Entwicklung bei Preisempfehlungen," in: MA 1972, S. 311; (o.V.), "Preisempfehlungen nehmen weiter zu," in: WRP 1974, S. 97; (o.V.), IFO, a.a.O., 1976, Heft 15, S. 5 ff.

16) GÜNTHER, Markenartikel, a.a.O., MA 1973, S. 261; vgl. auch DEYHLE, Preispolitik, in: Marketing- und Verkaufsleiterhandbuch, Hrsg. Verlag Moderne Industrie, 2. Aufl. 1972; THEISEN, a.a.O., S. 68.

17) VÖLP, a.a.O., S. 566; (o.V.), IFO, a.a.O., 1976, Heft 15, S. 5 ff.

18) vgl. GODIN, a.a.O., S. 98; BKA-Mitteilung, WuW 1975, S. 298; s.u.S.

19) BGBl. 1973, I, S. 461; HOLZAPFEL, Das neue Recht der Preisauszeichnung, BB 1973, S. 729; derselbe, Die neue Preisauszeichnungsverordnung, BB 1969, S. 1250 (zur PreisauszVO a.F.)

verletzt der Unternehmer seine Verpflichtung aus der PrAngVO.²⁰⁾ PrAngVO und RabG haben denselben Anwendungsbereich, den Verkehr mit dem Letztverbraucher;²¹⁾ mit der Verletzung der Preisauszeichnungspflicht wird der Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit, in bestimmten schweren Fällen einer Straftat, verwirklicht.²²⁾ Die PrAngVO ist daher wirksamer strafbewehrt als das RabG und die gewerbepolizeiliche Aufsicht gewährleistet eine objektive und wirksame Überwachung, so daß das Fehlen einer den Vorschriften der §§ 12f - Unterlassungsanspruch und Anrufung der Einigungsstellen - entsprechenden Regelung in der PrAngVO jedenfalls nicht negativ zu bewerten ist.

Im Ergebnis ist festzuhalten, daß die rabattrechtliche Bindung an den Preisaufdruck des Herstellers spätestens seit dem Inkrafttreten der PrAngVO überflüssig geworden ist.

3. Kapitel: Das Rabattverbot und das planmäßige Unterbieten der eigenen Preisauszeichnung¹⁾

Der BGH hatte sich in der Entscheidung vom 30.5.1958²⁾ mit dem Fall zu befassen, daß ein Discount-Unternehmer an den Waren in seinem Verkaufslager Zettel anbrachte, in denen er den üblichen Endverkaufspreis im Facheinzelhandel angab. Diese Preise unterbot er beträchtlich, über die in § 2 RabG genannte Spanne von 3% hinaus.

Der BGH wendete nun die vom Reichsgericht für den Fall der Unterbietung des Preisaufdrucks entwickelte Formel an, wonach "ein eigener Normalpreis" festzustellen sei und die Unterbietung dieses Preises den Rabattverstoß ergebe.³⁾

Diese Voraussetzungen konnten im Streitfall problemlos vorgefunden werden; der BGH wandte sich in der Entscheidung jedoch einschränkend dagegen, in jeder eigenen Preisangabe schon unbedingt die Ankündigung eines eigenen Normalpreises zu sehen: "Dem das Musterlager aufsuchenden Käufer kann es bekannt sein, daß dieser Preis vom Letztverbraucher nicht gefordert wird, ... er etwa nur die übliche Berechnung des

20) ferner liegt ein Verstoß gegen § 1 UWG vor, vgl. Nachw. S.43, Fußn.16

21) vgl. § 1 Abs.1 PreisangVO vom 10.5.1973

22) vgl. § 6 PreisangVO vom 10.5.1973 i.V.m. WirtschaftsstrafG vom 9.7.1954 (BGBl.III 453-11)

1) zum Verhältnis von Rabattverbot und Einzelnachlaß s.u. S.54f

2) BGH-"Elektrogeräte I", a.a.O.

3) RGZ 150, S.271/276

des Großhandelspreises darstellt....Die Preisauszeichnung kann auch den Charakter als Normalpreis verlieren, wenn der Käufer hinreichend darauf hingewiesen wurde, daß der Auszeichnungspreis nur Berechnungsgrundlage ist."

Diese "Klarstellung", die notwendige und logische Konsequenz einer verfehlten, nämlich ausschließlich auf § 1 Abs. 2, 1. HS RabG aufbauenden, Abgrenzung des "Preisnachlaß"-Tatbestands ist,⁴⁾ führte in der Folgezeit zu einer Reihe von Prozessen und widersprechenden Entscheidungen. Nach dem einschränkenden obiter dictum der BGH-Elektrogeräte-Entscheidung wäre an sich zu erwarten gewesen, daß das Rabattverbot keine Anwendung finden würde, wenn die Preisangabe durch einen distanzierenden Hinweis als bloße Berechnungsgrundlage für den tatsächlichen Verkaufspreis gekennzeichnet worden war;⁵⁾ dabei hätte im übrigen auch berücksichtigt werden müssen, daß schon die Firmierung als Discount-Geschäft (o.ä.) oder sogar der bloße äußere Eindruck des Verkaufslagers das Publikum Preisvorteile erwarten läßt und dies allein schon die Verbindlichkeit eines "Einzelhandelspreises", "Listenpreises", "Richtpreises", u.s.w. in Frage stellt.⁶⁾ Das Publikum erwartet in solchen Fällen eine vom üblichen abweichende Preisgestaltung.

Bis in die jüngste Zeit wurden gleichwohl derartige Preisangaben im Direkt- oder Discountverkauf als rabattrechtlich verbindlich und deren Unterbietung als Rabattverstoß behandelt.⁷⁾ In einem Fall konnte es die Verurteilung nach dem RabG sogar nicht abwenden, daß der Händler eigene Merkblätter verteilte, die jeden Kunden vor dem Betreten des Verkaufsraums auf die Unverbindlichkeit der ausgezeichneten Preise ausdrücklich hinwiesen.⁸⁾ Eine "natürliche Grenze" fand diese Recht-

4) wie in der kurz vor der Elektrogeräte-Entscheidung ergangenen Urteil BGH, 18.4.1958, NJW 58, S. 1140/42 klar zu erkennen ist, beruht diese Abgrenzungsmethode auf der (irrtümlichen) Annahme, § 1 Abs. 2, 1. HS sei eine Legaldefinition des "Rabatts"

5) vgl. auch B-H, S. 1423ff m.w.Nachw.; vgl. z.B. OLG Celle, 26.4.1972, WRP 72, S. 323: "Diese Preise sind unverbindliche Richtpreise für unsere Einzelhändler"; BGH, 6.12.1968, GR 69, S. 620 (Auszeichnungspreis): "unverbindl. Richtpreise, nur gültig als Verrechnungsbasis an den Handel"; OLG Düsseldorf, WRP 1971, S. 340: "Dies sind nicht meine Preise meine Preise erfahren Sie durch meine Mitarbeiter"

6) so zu Recht die Vorinstanz in der Entscheidung des OLG Hamm v. 5.10.1962, BB 1963, S. 11 (a.A. das OLG)

7) vgl. B-H., S. 1425ff und Nachw. in Fußn. 5

8) BGH-Auszeichnungspreis, a.a.O.

sprechung erst dort, wo jeder rabattrechtliche Ansatz für eine Normalpreis-Ankündigung fehlte, weil überhaupt kein Preis angekündigt wurde⁹⁾ oder nur mit der "eingesparten Handelsspanne" geworben wurde.¹⁰⁾

Bereits TETZNER hatte auf die innere Widersprüchlichkeit dieser Rechtsprechung hingewiesen.¹¹⁾ Wettbewerbspolitisch sind diese Entscheidungen ebenfalls nicht vertretbar.

Soweit die Rechtsprechung in den Fällen der Unterbietung der eigenen Preisauszeichnung die in der Elektrogeräte-Entscheidung genannten Ziele der Markttransparenz und der Preisklarheit in Anspruch nahm, kann dem wiederum entgegengehalten werden, daß es dafür einer rabattrechtlichen Lösung nicht bedarf.¹²⁾ Unter den Gesichtspunkten der Markttransparenz und der Preisklarheit erscheinen zudem gerade die Fälle bedenklich, in denen es mangels Preisauszeichnung an einem rabattrechtlichen Ansatz fehlte.

Diese Rechtsprechung läßt vermuten, daß es ihr weniger um die in der Elektrogeräte-Entscheidung gesetzten Ziele der Preisklarheit und Preiswahrheit ging, als vielmehr darum, die Werbung mit dem Preisvorteil im Discount- und Direktverkauf zu unterbinden. Im Ergebnis bewirkte diese Rechtsprechung eine starke Beschränkung für die Werbemöglichkeiten in diesen Branchen. Dabei hätte aber berücksichtigt werden sollen, daß der im Discount- und Direkthandel niedrigere Endpreis nur durch eine Reduzierung der Kosten und (Neben-)Leistungen gegenüber dem Facheinzelhandel erreicht werden kann,¹³⁾ was aber ferner bedeutet, daß

9) vgl. BGH, 18.5.1973, NJW 73, S. 1371 (Möbelauszeichnung)

10) vgl. OLG Hamburg, 25.11.1971, WRP 72, S. 160; LG Marburg, 12.12.1973, WRP 74, S. 118; in diesen Fällen aber wäre ferner zu prüfen, ob nicht die Ankündigung als Ankündigung eines "Preisnachlasses" (§1 Abs. 1, 1. Alt.) aufgefaßt werden kann, s.u. Abschnitt V, 1. Kapitel

11) TETZNER, Rabattgesetz, a.a.O., S. 70/72; vgl. auch ULMER, a.a.O., S. 220 (speziell zur BGH-Auszeichnungspreis-Entsch.)

12) wie oben, S. 37f

13) NIESCHLAG, Betriebsformen, a.a.O., S. 242

die damit verbundene mindere Attraktivität des Discount- und Direktverkaufs durch ein entsprechend deutliches Herausstellen seiner besonderen Leistung, des Preisvorteils, ausgeglichen werden muß.

Von der Werbung mit dem Preisvorteil im Discount- und Direkthandel kann auch nicht behauptet werden, sie stünde prinzipiell oder tendenziell mit den Zielen der Markttransparenz und des Verbraucherschutzes¹⁴⁾ im Widerstreit.

Zwar kann selbstverständlich auch für den Discounthandel und den Direktverkauf nicht die Möglichkeit irreführender Werbung ausgeschlossen werden. Eine besondere Gefährdung ist jedoch zu verneinen. Nachdem sich die Verbraucher in langen Jahren mit den Eigenheiten, den Vorzügen und Schwächen dieser Betriebsformen vertraut machen konnten, erscheint es jedenfalls nicht mehr vertretbar, mit Hilfe des RabG eine präventive Beschränkung der Werbemöglichkeiten im Discount- und Direktverkauf betreiben zu wollen.

Gegen irreführende Praktiken in diesem Bereich steht mit § 3 UWG eine hinreichende Handhabe zur Verfügung;¹⁵⁾ eine dauernde, planmäßige Mißachtung der Preisauszeichnungsvorschriften kann nicht nur nach der PreisangabenVO, sondern auch aufgrund § 1 UWG geahndet werden.¹⁶⁾

Die rabattrechtliche Rechtsprechung zur Unterbietung des Preisaufdrucks und der Preisauszeichnung dient weder der Markttransparenz noch dem Verbraucherschutz; sie benachteiligt vielmehr bestimmte preisaktive Betriebsformen,¹⁷⁾ obwohl die Rechtsprechung sich grundsätzlich schon längst von der Bevorzugung des Facheinzelhandels durch eine wettbewerbsbeschränkende Auslegung des UWG abgewendet hat.¹⁸⁾

14) vgl. ULMER, a.a.O., S. 204 m.w.Nachw.

15) vgl. BGH, 13.11.1970, NJW 71, S. 378 (Discount-Geschäft)

16) vgl. BENDER, Die VO über Preisangaben, in: WRP 1973, S. 310; OLG Stuttgart, Beschl. v. 14.5.1974, BB 74, S. 1409; BGH, 18.5.1973, NJW 73, S. 1371

17) ULMER, a.a.O., S. 220

18) ULMER-REIMER, a.a.O., S. 428 m.w.Nachw.; BGH, 26.2.1965, GR 65, S. 489 (Kleenex)

So ist zu wünschen und zu erwarten, daß die Entscheidung des OLG Stuttgart vom 31.5.1974,¹⁹⁾ in der wohl erstmals in höherer Instanz eine "Kalkulationsangabe" rabattrechtlich nicht beanstandet wurde, eine Wende in der Rechtsprechung anzeigt und die exzessive Auslegung des RabG insoweit ein Ende findet.

4. Kapitel: Das Rabattverbot und das generelle Gewähren von Preisvorteilen in sonstigen Fällen

1. Grundsätzliches

Im Ergebnis steht fest, daß das Rabattverbot keine allgemeine Preisbindung und kein allgemeines Verbot des Preisvorteils im Verkehr mit dem Letztverbraucher herbeiführen soll.¹⁾

Dieser Maxime ist jedoch e contrario auch zu entnehmen, daß rabattrechtlich eine "Preisbindung" in besonderen Fällen stattfinden sollte - dann nämlich, wenn der Preisvorteil als "Preisnachlaß" oder als "Ausnahmepreis" dargestellt wird. In den beiden vorangegangenen Kapiteln wurde die rabattrechtliche Bindung an die fremde Preisangabe, den Preisaufdruck, und an die eigene Preisauszeichnung des Händlers erläutert und beurteilt. Im folgenden geht es nun um die Frage, in welchen anderen Fällen die Rechtsprechung eine rabattrechtliche "Preisbindung" in Anwendung gebracht hat und wie dies begründet wurde.

Bevor die weiteren Ergebnisse des Rabattverbots erörtert werden können, bedarf es noch einer Abgrenzung der beiden Alternativen des Rabattverbots in § 1 Abs.1, des "Ankündigens" und des "Gewährens".

Soweit bisher das Rabattverbot für die Fälle der "Unterbietung des Normalpreises" Anwendung fand, kam es nach der h.M. entscheidend (ebenfalls) auf eine "Ankündigung" an, denn nach der Rechtsprechung - wie sie bisher zitiert wurde - war der "Preisnachlaß" gerade durch die Ankündigung eines eigenen Normalpreises definiert.²⁾ Das RabG kann also in verschiedener Hinsicht für ein werbliches Verhalten relevant werden, was anhand eines Beispiels erläutert sei:

1) BGH-Elektrogeräte, a.a.O.; B-H, S. 1422f m.w.Nachw.

2) "formaler Rabattbegriff", B-H, ebenda

In dem bereits genannten Fall des OLG Stuttgart im Urteil vom 31.5.1974³⁾ hatte der Unternehmer die Ware in seinem Verkaufsraum mit folgender Preisauszeichnung versehen:

"So kalkulieren wir: Listenpreis ...DM
 ./.. unser Abschlag
 ./.. 3% Skonto ...DM
 unser Preis ...DM !"

Mit der Maxime von der "Bindung an den Normalpreis" wird nur ein Aspekt dieses Falles behandelt, der sich daraus ergibt, daß der "Listenpreis" bei entsprechender Interpretation als "Normalpreis" des Unternehmers und der niedrigere Verkaufspreis als Unterbietung dieses Normalpreises aufgefaßt werden könnte.

Der zweite Aspekt dieses Falles ergibt sich aus der Regelung der Rabattankündigung in § 1 Abs.1: Danach wäre zu fragen, ob die Worte "Abschlag", "Skonto" oder das Gegenüberstellen von "Listenpreis" und "Verkaufspreis" oder die gesamte Kalkulationsangabe den Eindruck einer "Rabattgewährung" hervorrufen.⁴⁾

Letztlich bliebe aber auch noch die Frage zu beantworten, ob die Gewährung des Preisvorteils als solche, die in der Darstellung zum Ausdruck kommt, von dem Verbot der "Preisnachlässe" erfaßt wird.

2. Preisunterbietung als Verstoß gegen das Rabattverbot?

Es wurde bereits erwähnt, daß das RabG jedenfalls nicht grundsätzlich das Gewähren von Preisvorteilen behindern soll. Da der Wettbewerb mit dem Preis sich wesentlich in einem gegenseitigen Unterbieten äußert,⁵⁾ sollte die Gewährung von Preisvorteilen rabattrechtlich nicht behindert werden, auch wenn sie sich aus der Konkurrenz verschiedener Betriebsformen und dem Unterbieten vorkalkulierter Han-

3) "Möbelcenter", WuW 1975, S.150/151

4) vgl. unten, V. Abschnitt

5) FIKENTSCHER, Die Preisunterbietung im Wettbewerbsrecht, 2.Aufl., Heidelberg 1962, S.15ff; KRABBE, Die Werbung mit dem Preis, Jur.Diss., Münster 1965, S.13; s.o., S.44

delsspannen ergibt.⁶⁾

3. "Sonderangebot" als Rabattverstoß?

Verkäufe von Waren zu Sonderpreisen, sei es einzeln oder als Sonderverkauf in Bezug auf das gesamte Sortiment oder Teile des Sortiments, haben die Rechtsprechung und die Öffentlichkeit in den letzten Jahren stark beschäftigt. Soweit nicht besondere Umstände in der Ankündigung vorlagen,⁷⁾ fand das RabG für diese Problematik keine Erwähnung.⁸⁾

Die rabattrechtliche Abstinenz der Rechtsprechung zum Sonderangebot (i.w.S.) läßt sich auslegungstechnisch mit der Formel der "Bindung an den Normalpreis" erklären. Die h.M. ist nämlich der Ansicht, daß eine Ankündigung, die auf frühere Preise Bezug nimmt, wie es bei einer Preisgegenüberstellung der Fall sei, nicht als "Ankündigung eines Normalpreises" verstanden werden könne.⁹⁾ Da sich aber "Sonderangebote" - wenn überhaupt der "Preisvorteil" ausdrücklich angegeben werden soll -¹⁰⁾ vorteilhafter durch Preisgegenüberstellungen präsentieren lassen, fehlt es i.d.R. an einem rabattrechtlichen Ansatz.

Wenn heute das RabG für die Behandlung des "Sonderangebots" kaum mehr von Bedeutung ist,¹¹⁾ ist das auch keinesfalls zu bedauern. Zwar sei es nach Ansicht mittelständischer Organisationen dem "Sonderangebot" anzulasten, wenn in den letzten Jahren die Großbetriebsformen so sehr an Boden gewonnen hätten;¹²⁾ mit dieser Auffassung dürfte jedoch die Zugkraft der generell günstigeren Preisgestaltung der Verbrauchermärkte und SB-Warenhäuser¹³⁾ weit unterschätzt werden. Außerdem wird das Sonderangebot

6) vgl. BGH - Antibiotika, - Elektrogeräte, -Discountgeschäft, und - Auszeichnungspreis, a.a.O.

7) so z.B. bei BGH, 16.2.1956, NJW 66, S. 975 (Jubiläum)

8) vgl. BGH, 17.9.1969, NJW 69, S. 2143 (Lockvogel); BGH, 14.2.1973, NJW 74, S. 461 (AVON); BGH, 21.12.73, WRP 74, 264 (MacHappy); BGH, 3.11.72, NJW 73, 1607 (Ferienpreis); LG Frankfurt/M, 1.8.1973, WRP 73, S. 613; BGH, 16.6.71, WRP 1972, S. 125 (Sonderveranstaltung III OLG Koblenz, 18.2.1972, WRP 72, S. 265; OLG Stuttgart, 30.11.1973,

9) vgl. B-H, S. 1428 und § 3 UWG, Rz. 267ff

10) gerade bei extrem "anreißerischer" Preisgestaltung ist das nicht notwendig, vgl. die beiden letzten Entsch. in Fußn. 8

11) zum Verhältnis von "Rabatt-Ankündigung" und "Sonderangebot" s.o., S. 100

12) vgl. (o.V.), "Sonderangebote bei Lebensmitteln kritisiert", SZ vom 17.5.1976, S. 22

13) vgl. NIESCHLAG, Betriebsformen, a.a.O., S. 242

ebenso im Facheinzelhandel verwendet.¹⁴⁾ Deshalb bietet auch der Wettbewerb in manchen Branchen des Einzelhandels nicht mehr - wie früher - das Bild eines "kartelllierten Wirtschaftszweiges." Ein Blick in eine beliebige Tageszeitung, in ein Schaufenster oder in den Verkaufsraum eines größeren Lebensmittelgeschäfts genügt um festzustellen, daß der "Preisvorteil" heute in hohem Maße als Mittel der Werbung verwendet wird.

4. Zwischenergebnis

Gegenüber dem "Sonderangebot" praktiziert die h.M. eine Auslegung des Rabattverbots, die sich an dem Grundsatz orientiert, ein "Preisnachlaß" ergebe sich aus dem "Unterbieten eines angekündigten eigenen und an sich geltenden Normalpreises. Da deswegen einerseits die Gewährung eines Preisvorteils - wie im Sonderangebot - ("materiell") irrelevant ist und andererseits Preisgegenüberstellungen nach der h.M. nicht das ("formale") Kriterium des höheren Normalpreises erfüllen, kommt das RabG gegenüber einzelnen Sonderangeboten oder Sonderverkäufen grundsätzlich nicht zur Anwendung.

Für die Annahme eines "Preisnachlasses" ist es demnach unerheblich, ob eine Maßnahme der Preiswerbung "Ausnahmecharakter" (vgl. Sonder-Angebot) trägt oder nicht. Wenn in der Literatur heute noch vielfach das Allgemeinpreis/Ausnahmepreis-Schema zur Beschreibung des "Preisnachlasses" verwendet wird,¹⁵⁾ entspricht dies nicht mehr der Auslegung des Preisnachlaßverbots durch die h.M.

Mißbräuche im "Sonderangebots"-Wesen werden heute fast ausschließlich mit den Vorschriften des allgemeinen Wettbewerbsrechts (§§ 1,3,4 UWG) und der AO betr.Sonderverkaufsveranstaltungen bekämpft.¹⁶⁾

14) s.o., S.17f. (Nachweise in Fußn.13/14); (o.V.), Drogisten gegen Verbrauchermärkte, in: SZ vom 18.3.1975, S.15; zur Einschätzung des Sonderangebots durch den Facheinzelhandel, vgl. Ergebnisse einer Umfrage, in: (o.V.), MA 1972, S.310

15) vgl. z.B. B-H, S.1423

16) vgl. Nachw. in Fußn.8; KRAFT, Unlauterer Wettbewerb durch Werbung mit Preiswürdigkeit?, WRP 1975, S.83; BORCK, Besteht Anlaß § 3 UWG abermals zu ändern?, in: WRP 1974, S.531ff; die Anwendung der AO betr.SonderverkaufsVa. ist sehr problematisch, vgl. BORCK, Genealogie der AO betr.SVva., in: WRP 1975, S.325; ders. Zweifelsfragen betr. die AO betr. SVva., in: WRP 1975, S.396ff; B-H, S.1060

Wieweit mit diesen Vorschriften Mißbräuche im Sonderangebotswesen hinreichend unterbunden werden können, ist streitig.¹⁷⁾ Es kann jedoch nicht empfohlen werden, die Preisgegenüberstellung oder gar den Preisvorteil selbst rabattrechtlich zu erfassen, da dies den Preiswettbewerb im Handel weitgehend zum Erliegen bringen würde.

5. Rabattverbot als Gebot "sachlich begründeter" Preisdifferenzierung?

In einigen Entscheidungen hat die Rechtsprechung bei der Auslegung des Rabattverbots weniger oder überhaupt nicht auf die Formel der "Unterbietung des Normalpreises" abgestellt, sondern die Entscheidung danach getroffen, ob die Preisdifferenzierung "sachlich begründet" wäre.

So wurde wegen sachlicher Begründetheit eine Preisermäßigung erlaubt für mangelhafte Ware¹⁸⁾ für Waren in einer Einführungs- oder Subskriptionsaktion,¹⁹⁾ für Autowäsche bei vorherigem Tanken,²⁰⁾ für Jugendliche in Kinovorstellungen am Nachmittag.²¹⁾ Der langwierige Streit um die Zulässigkeit einer relativen Preisermäßigung für Mehrfachpackungen wurde ebenfalls mit Argumenten geführt, die auf die Frage einer "sachlichen Rechtfertigung" zielten,²²⁾ es dürfte heute entschieden sein, daß das RabG auf die Mehrfachpackung nicht angewendet wird.²³⁾ Ebenfalls auf die Notwendigkeit einer sachlichen Rechtfertigung einer Preisermäßigung wird abgestellt, wenn für die rabattrechtliche Beurteilung einer Preisermäßigung für den Verzicht auf Kundendienst maßgebend sein soll, ob der Preisvorteil dem Wert des Kundendienstes entspricht.²⁴⁾

17) SÖLTER, a.a.O., WuW, 1974, S. 657; GÜNTHER, a.a.O., WuW 1974, S. 665; Bericht des Rechtsausschusses BT Ds V 4035, in: GR 1969, S. 338ff

18) OLG München, 20.4.1961, GR 62, S. 413

19) vgl. B-H, S. 1437 m.w.Nachw.

20) OLG Düsseldorf, 2.6.1972, WRP 73, S. 527

21) vgl. BGH, 26.5.1972, WRP 73, S. 272 (Fahrschulrabatt)

22) vgl. B-H, S. 1433; WILKENDORFF, Preisvorteil bei Mehrfachpackungen als unzulässiger Rabatt?, BB 1966, S. 643; MEYER, Der Preisvorteil bei Mehrfachpackungen als unzulässiger Mengenrabatt?, BB 1966, S. 18

23) ULMER, a.a.O., S. 202 m.w.Nachw.

24) Gutachterausschuß für Wettbewerbsfragen, Gutachten 3/1960, in: BB 1962, S. 235 m.w.Nachw.

Mangels einer sachlich begründeten Rechtfertigung wurde ein "Preisnachlaß" bejaht bei einer Preisermäßigung für Studenten,²⁵⁾ bei Preisermäßigung für Vorkasse,²⁶⁾ bei "Teilzahlungskauf ohne Aufschlag",²⁷⁾ bei einer Preisspaltung in Selbstbedienungspreis und Ladenpreis,²⁸⁾ einer Preisspaltung in "Einzelpreis" und "Kassapreis",²⁹⁾ bei vorgetäushtem Werberabatt.³⁰⁾

Die Abgrenzung des Rabattverbots nach der Begründung der Preisermäßigung beruht auf der Ansicht, es sei Zweck des RabG, "Werberabatte" zu verhindern.³¹⁾ Danach wäre die Preisermäßigung zulässig, die sich "sachlich aus der Kalkulation" rechtfertigt.³²⁾ "Preisdifferenzierungen"³³⁾ müssen auf sachlich gerechtfertigten Angebotsdifferenzierungen beruhen.³⁴⁾

Würde dieser Grundsatz tatsächlich die Auslegung des Rabattverbots bestimmen, müßte jede Preisermäßigung und jede Preisspaltung, die auf "werblicher" Begründung beruht, unzulässig sein. Wie aber die Rechtsprechung zur Preisunterbietung und zum Sonderangebot sowie zur Mehrfachpackung zeigt, sollen auch "werblich bedingte" Preisdifferenzierungen grundsätzlich zulässig sein.³⁵⁾ Dem Rabattverbot kann daher nicht entnommen werden, daß die Gewährung eines Preisvorteils nur bei Vorliegen eines "sachlichen Grundes" - wie z.B. einer Beschädigung der Ware - zulässig sein solle. Der Irrtum, sachlich nicht gerechtfertigte Preisdifferenzierungen seien rabattrechtlich verboten, hat zu einer Fülle letztlich überflüssiger Streitigkeiten geführt - der Streit um die Mehrfachpackung ist nur ein Beispiel.³⁶⁾ In einem marktwirtschaftlichen System muß es schlechthin unverständlich wirken, daß es einem Unternehmer kraft Gesetzes grundsätzlich verwehrt sein solle, bei unterschiedlichen Nebenleistungen nach eigener Kalkulation

25) BGH-Fahrschulrabatt, a.a.O.

26) HOTH-GLOY, a.a.O., S. 343 m.w.Nachw.

27) BGH, 24.2.1957, GR 59, S. 329/331 (Teilzahlungskauf) m. Anm. Hefermehl

28) BGH, 24.4.1970, WRP 70, S. 310 (Beiderseitige Rabattverstöße)

29) LG Köln, 22.1.1958, WRP 61, 84

30) BGH, 18.1.1967, GR 67, S. 433 (Schränkwall)

31) vgl. TETZNER, Rabattgesetz, a.a.O., S. 5/14

32) vgl. TETZNER, ebenda, S. 69

33) zum Begriff vgl. GUTENBERG, a.a.O., S. 276; ANGERN, a.a.O., S. 160
THEISEN, a.a.O., S. 81

34) B-H, S. 1431; BGH, Fahrschulrabatt, a.a.O.

35) Der Preisvorteil bei der Mehrfachpackung ist wohl stets nur zu einem Bruchteil "sachlich bedingt"; sein Zweck ist Verkaufsförderung

36) vgl. B-H, S. 1431 bis S. 1442

den Preis zu bestimmen. Den Unternehmer prinzipiell auf den "Wert der Nebenleistung" festlegen zu wollen, ist ein wettbewerbsfremder Gedanke. Warum sollte der Preis für Ware "ohne Service" als Wettbewerbsfaktor - z.B. gegenüber einem konkurrierenden Discounter - ausscheiden? Im übrigen dürfte es aus Gründen der Kostenrechnung sehr schwierig, wenn nicht unmöglich sein, den "Wert der Nebenleistung" hinreichend genau zu ermitteln; so ist auch keine Gerichtsentscheidung ersichtlich, die das Rabattverbot wegen einer übermäßigen Preisdifferenzierung bejaht hätte. Um Mißbräuche zu verhindern, bedarf es auch hier nicht einer Anwendung des RabG; wird der niedrigere Preis für Ware "ohne Nebenleistung" mit einem überhöhtem Preis verglichen, besteht zumindest die Vermutung eines irreführenden Verhaltens gemäß § 3 UWG.³⁷⁾

Wiederum hat es sich gezeigt, daß das Rabattverbot Rechtsunsicherheit und Wettbewerbsbeschränkung bewirkt, ohne irgend ein wettbewerbspolitisch positives Ergebnis zu erbringen. Die wenigen Entscheidungen,³⁸⁾ in denen es wegen fehlender "sachlicher Rechtfertigung" zur Anwendung des RabG kam, betrafen überwiegend einfache Fälle irreführender **B e h a u p t u n g e n** über die Preisgestaltung und hätten mit den Vorschriften des UWG (§§ 1, 3) ohne Schwierigkeiten gelöst werden können.³⁹⁾

In anderen Fällen - so beim vorgetäuschten Werbepreis⁴⁰⁾ und der Preisermäßigung für Studenten⁴¹⁾ - ging es überhaupt nicht darum, mithilfe der Formel der "sachlichen Rechtfertigung" die Anwendung des RabG zu begründen, sondern im Gegenteil um die Frage, ob für typische Fälle des Rabattverbots - in BGH-Schrankwand der Einzelnachlaß, in BGH-Fahrschulrabatt der Sonderpreis - nicht eine "sach-

37) vgl. B-H, S. 883 (zur irreführenden Preisgegenüberstellung), S. 877 (Preisschaukeln); vgl. auch S. 100ff.

38) vgl. Fußn. Nr. 24 bis 29

39) "Preiszauber" durch Bezugnahme auf Mondpreise, vgl. Fußn. 37

40) vgl. Fußn. 27

41) vgl. Fußn. 30

liche Rechtfertigung" die Anwendung des RabG ausschließe. In diesen Fällen soll aus dem Rabattverbot nicht ein Gebot sachlicher Begründung für Preisdifferenzierungen abgeleitet werden. Die Formel der "sachlichen Rechtfertigung" dient hier vielmehr dazu, entsprechend der neueren Ausrichtung des RabG auf die Verhinderung von Mißbräuchen im Wettbewerb, Verhaltensweisen, die nicht zu mißbilligen sind, von dem Rabattverbot auszunehmen.

Da "Einzelnachlaß" und "Sonderpreis" einer gesonderten Untersuchung vorbehalten sind, muß einstweilen die Feststellung genügen, daß eine "durch sachliche Angebotsdifferenzierung begründete Preisdifferenzierung" in manchen Fällen als zusätzliche Beschränkung des Rabattverbots zu beachten ist. Wenn jedoch aufgrund der ~~Maxime~~ einer notwendigen sachlichen Rechtfertigung mit dem Rabattverbot generell Preisdifferenzierungen einer gerichtlichen Überprüfung unterworfen werden sollen - so wohl noch überwiegend die Meinung in der Literatur -, ist dies mit einer marktwirtschaftlichen Betrachtungsweise unvereinbar.⁴²⁾ Im übrigen steht eine derartige Auslegung auch in Widerspruch zur Abgrenzung des Rabattverbots gegenüber Sonderangeboten und, z.B., Mehrfachpackungen.

5. Kapitel: Rabattverbot und Nebenvereinbarung

1. Grundsätzliches

Das Verbot des "Preisnachlasses" betrifft typischerweise den Preisvorteil und es beschränkt sich damit i.d.R. auf Fragen, die mit einer Hauptleistung im gegenseitigen Vertrag verbunden sind.

In Ausnahmefällen kann die Anwendung des RabG auch wegen eines Ankündigens oder Gewährs von ~~N e b e n l e i -~~ stungen¹⁾ fraglich werden, auch wenn der Preis unverändert bleiben soll. Jede den Verkäufer wirtschaftlich im Einzelfall benachteiligende Nebenvereinbarung kann in der Auslegung der h.M. das Rabattverbot berühren. So wurde das RabG

42) vgl. BVerfG, Beschl. v. 11.4.1967, NJW 67, S. 1459: "In einer Marktwirtschaft mit freier Preisbildung darf der Preiswettbewerb durch staatliche Eingriffe grundsätzlich nicht behindert werden."

1) zur Unterscheidung von Haupt- und Nebenleistungspflichten, vgl. PALANDT, a.a.O., 29. Aufl., S. 172/177

angewendet auf Gewährung von Teilzahlung bei gleichbleibendem "Barpreis;" ²⁾ Inzahlungnahme gebrauchter Waren zu überhöhtem Preis, ³⁾ und portofreier Versandlieferung. ³⁾ Umstritten war die Anwendung des RabG z.B. auf die Nebenleistungen der "Preisgarantie" ⁴⁾ und der Provision für Sammelbesteller, ⁵⁾ die von der Rechtsprechung jedoch als rabattrechtlich unbedenklich behandelt wurden. Daß Nebenvereinbarungen für das RabG nicht schlechthin unbeachtlich sein können, ergibt sich vor allem aus der Möglichkeit "verschleierte Preisnachlässe". Würde das Rabattverbot strikt auf den Preis begrenzt, könnte es mit Leichtigkeit umgangen werden. ⁶⁾ Nach der Entscheidung des BGH vom 12.11.1974 ⁷⁾ sind deshalb "wirtschaftliche Gesichtspunkte heranzuziehen, ... wenn es darum geht ... , Gesetzesumgehungen, insbesondere verschleierte Preisnachlässen, entgegenzuwirken."

2. "Teilzahlungskauf ohne Aufschlag"

In der Anwendung des Rabattverbots auf Nebenleistungen hat sich zweifellos ein Schwerpunkt in der Werbung mit der Ankündigung "Teilzahlungskauf ohne Aufschlag" ergeben. Obwohl hier die Vergünstigung unmittelbar nicht im gleich bleibenden - Preis, sondern in der günstigen Gestaltung des Zahlungszieles liegt, hat der BGH ⁹⁾ das RabG angewendet.

Es fragt sich, ob der Werbung mit der Ankündigung "Teilzahlungskauf ohne Aufschlag" - oder ähnlich - nicht von jeher schon besser anhand der Vorschrift des § 3 UWG begegnet worden wäre; ¹⁰⁾ nach der Novelle zum Abzahlungsgesetz ¹¹⁾ besteht jedoch sicher keine rechtspolitische Notwendigkeit mehr zu einer extensiven Auslegung des RabG in dem Bereich des Teilzahlungskaufes. Nach § 1a AbzG (n.F.) sind für Teilzahlungskäufe genaue Angaben über den effek-

2) BGH, 24.2.1959, WRP 59, S. 188 (Teilzahlungskauf); TETZNER, RabG, a.a.O., S. 70; B-H, S. 1438 m.w.Nachw.

3) B-H, S. 1440 m.w.Nachw.; NOPPER, Die Anrechnung von Gebrauchsgütern, MA 1961, S. 120

4) vgl. BGH, 25.10.1974, NJW 75, S. 120

5) BGH, 29.5.1963, GR 63, S. 588 (Sammelbesteller)

6) z.B. durch ein "Geldgeschenk" in Höhe des Preisnachlasses oder durch überhöhte Inzahlungnahme oder Inzahlungnahme zum Schein

7) BGH, 12.11.1974, NJW 75, S. 215/217 (Buchbeteiligungszertifikate)

8) vgl. ULMER, a.a.O., S. 205 m.w.Nachw.

9) s.o., Fußn. 2

10) vgl. B-H, S. 881; Irreführung wäre zu bejahen, wenn der Bezugspreis (Barpreis) überhöht ist.

11) Gesetz vom 15.5.1974 (BGBl. I, S. 1169)

tiven Kaufpreis, Barpreis und Zins vorgeschrieben.¹²⁾

Noch einen Schritt weiter als die frühere Rechtsprechung zum Teilzahlungskauf geht die Praxis der Wettbewerbszentrale.¹³⁾ Unter Hinweis auf jene Rechtsprechung vertritt sie die Ansicht, das Einräumen oder Verlängern eines Zahlungsziels sei schlechthin mit dem Rabattverbot unvereinbar. Logische Konsequenz dieser Ansicht wäre es, bei Produktverbesserungen oder anderen Verbesserungen der Leistung des Verkäufers eine Verpflichtung zur Preiserhöhung anzunehmen. Der prinzipielle Widerspruch zwischen Rabattverbot und Marktwirtschaft tritt (auch) hier deutlich zutage.

3. Sonstige Anwendungsfälle

Von der Werbung mit dem Teilzahlungskauf und Randproblemen wie dem portofreien Versand¹⁴⁾ abgesehen, dürfte sich das Rabattverbot in Bezug auf Nebenvereinbarungen auf den Schutz vor "verschleierte Preisnachlässen" beschränken, nachdem die Zulässigkeit der "Preisgarantie" nunmehr höchststrichterlich entschieden ist.¹⁵⁾ Da aber nur das Rabattverbot selbst es notwendig macht, "verschleierte Preisnachlässe" zu unterbinden, bleibt festzustellen, daß auch im Verhältnis von RabG und Nebenvereinbarung keine Gründe erkennbar sind, die gegen eine Beseitigung des Rabattverbots sprechen würden.

12) vgl. PALANDT, a.a.O., 32. Aufl., S. 2066

13) in: (o.V.), "9 Monate Zahlungsziel als Rabattverstoß" WRP 1974, S. 142; die Auslegung des RabG durch die verschiedenen Vereine zur Förderung gewerblicher Interessen ist von erheblicher Bedeutung, da wohl die meisten wettbewerbsrechtlichen Streitfälle noch im Vorfeld der Justiz erledigt werden

14) BGH, 23.1.1959, GR 59, S. 326 (Kaffeversandhandel)

15) BGH, 25.10.1974, NJW 75, S. 120 (Preisgarantie); LG Düsseldorf, 9.1.1974, WRP 74, S. 583; HAHN, "Zur wettbewerbsrechtlichen Behandlung von Umtausch- und Rückgaberechten", WRP 1974, S. 65

Teil B: Rabattverbot und Einzelnachlaß

1. Kapitel: Die Zielsetzung der rabattrechtlichen Regelung der Einzelnachlässe

Eine Preisermäßigung im Einzelfall erfüllt stets die Voraussetzungen eines "Preisnachlasses".¹⁾ Für ein industrielles Konsumgut²⁾ wird es immer einen "angekündigten oder in der Mehrzahl der Fälle geforderten" Normalpreis geben, der entsprechend der h.M. zur Auslegung des Rabattverbots nicht unterboten werden darf.³⁾ Wenn diese "Bindung an den Normalpreis" es dem Unternehmer auch nicht "verwehrt, seine Preise allgemein, für jeden Kunden herabzusetzen und seine Mitbewerber zu unterbieten",⁴⁾ so erscheint demnach das Rabattverbot als dazu prädestiniert, den "Ausnahmepreis"⁵⁾ zu unterbinden, der sich durch eine Preisermäßigung in und für einen einzelnen Absatzakt ergeben würde.

Das Verbot des Einzelnachlasses, der Preisermäßigung im Einzelfall,⁶⁾ bindet den Unternehmer grundsätzlich an seine allgemeine preispolitische Entscheidung,⁷⁾ die im "Normalpreis" zum Ausdruck kommt. Dem Unternehmer ist es damit aber auch grundsätzlich verwehrt, besonderen Verhältnissen des einzelnen Absatzaktes - wie sie vor allem in einer unterdurchschnittlichen Zahlungsbereitschaft einzelner Kunden vorliegen können - Rechnung zu tragen. Ausnahmen sollen nach dem Gesetzgeber und der heute noch h.M. nur dann erlaubt sein, wenn die besonderen Verhältnisse des Einzelfalles "sachlich", z.B. in einer wertmindernden Beschaffenheit der einzelnen Ware, begründet sind.⁸⁾ Das Rabattverbot soll außerdem auch nicht einer allgemeinen Preissenkung im Verlauf einer Kaufverhandlung ent-

1) vgl. o., S. 25f

2) das stets "Ware des täglichen Bedarfs" i. S. d. RabG ist; der Begriff ist rabattrechtlich sehr weit gespannt, vgl. B-H, S. 1413

3) BGH-Elektrogeräte, a. a. O.; s. o., S. 37f/40f/44f

4) ebenda

5) B-H, S. 1423

6) vgl. oben, S. 34f

7) zum Begriff, vgl. NIESCHLAG, Marketing, a. a. O., S. 231ff; GUTENBERG, a. a. O., S. 179ff; WÖHE, Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 11. Aufl., München 1973, S. 382ff

8) s. o., S. 49

gegenstehen, wobei der Unternehmer aber keinen Zweifel darüber aufkommen lassen darf, daß der neue Preis für die Ware generell gilt.⁹⁾

Wenn somit feststeht, daß das RabG die Preisautonomie des Unternehmers auf eine allgemeine Freiheit zurückführt, einen Normalpreis zu bilden,¹⁰⁾ so ist aber nur eine Seite des Rabattverbots erfaßt, soweit es sich nämlich auf die Entscheidungsfreiheit des Adressaten der Regelung, des Unternehmers, bezieht. Faktisch betrifft das RabG zugleich auch den Verbraucher, der durch die Aussichtslosigkeit "Preisnachlässe" zu erhalten, jeder unmittelbaren Einflußnahme auf den Preis der Ware enthoben werden soll.

"Merkt der Verbraucher im Einzelfall, daß der Konkurrent einen günstigeren Preis hat, soll er zum Konkurrenten gehen".¹¹⁾ Dem Verbraucher soll mit dem Rabattverbot faktisch die Möglichkeit, aus eigenem Antrieb eine individuelle Einigung über den Preis zu erzielen, genommen werden. Das RabG soll ein "Überbleibsel überholter Geschäftsmethoden",¹²⁾ das "orientalische", "den Geschäftsgewohnheiten anständiger Kaufleute fremde Feilschen um den Preis"¹³⁾ verhindern. Hierin ist wohl hauptsächlich die "erzieherische Aufgabe"¹⁴⁾ des RabG, die ihm der national-sozialistische Gesetzgeber zugedacht hatte, zu sehen.

Das sog. "Feilschen um den Preis" ist in einer entwickelten Konsumgüterwirtschaft eine zwar relativ selten ausgeübte,¹⁵⁾ aber eine grundsätzlich mögliche direkte Einflußnahme im Marktgeschehen. Der Verbraucher soll demgegenüber durch das Rabattverbot auf eine mehr passive Rolle im Absatzprozeß verwiesen werden. Nach dem RabG verbliebe dem Konsumenten nur die passive Rolle des "Schiedsrichters"; den Preis der Ware

9) TETZNER, RabG, a.a.O., S. 61; relevant wird diese Frage in der Praxis wohl nur als Schutzbehauptung des Beklagten

10) s.o., S. 34/35

11) KISSELER, a.a.O., S. 129

12) GIESSLER-KAPITZKA-KISSELER, Der Wettbewerb im Einzelhandel und im Handwerk, Köln 1969, S. 53

13) vgl. ULMER, a.a.O., S. 204 m.w. Nachw.; STRITZKE, a.a.O., S. 4

14) GBegr., in: M-E-W-G, S. 183

15) s.u., S. 57/58

sollte er ebenso hinnehmen wie die Beschaffenheit der Ware. Dabei ist noch zu berücksichtigen, daß mit den Bruttopreissystemen der Hersteller versucht wird, auch die auswählende Aufgabe des Verbrauchers einzuschränken. Wird die Preisempfehlung des Herstellers allgemein oder mit wenigen Ausnahmen beachtet, verengt sich die Entscheidungsmöglichkeit des Verbrauchers auf die Wahl des Produkts, der Preis würde - bei Beachtung des Rabattverbots - zum absoluten Datum.

Mit dem Verbot des Einzelnachlasses stellt das RabG einerseits eine erhebliche Beschränkung der unternehmerischen Preisautonomie dar, womit es in den Kernbereich eines marktwirtschaftlichen Systems eingreift,¹⁶⁾ andererseits festigt es damit die Marktposition des Anbieters gegenüber dem Konsumenten. Das RabG geht aus vom Leitbild des passiven Verbrauchers; es entspricht damit nicht mehr den heutigen Vorstellungen von einem kritischen, aktiven und preisbewußten Verbraucher.¹⁷⁾ Für den national-sozialistischen Gesetzgeber mag es 1933 unter den Bedingungen der Handels- und Wirtschaftsmisere aus sozialen Gründen opportun gewesen sein, den Wettbewerb im Handel zu beschränken, daß es aber heute nicht mehr notwendig ist, die Marktposition des Anbieters gegenüber dem Verbraucher zu stärken, steht außer Frage.

2. Kapitel: Die praktische Bedeutung des Verbots der Einzelnachlässe

Aus Gründen, die teils mit der gesetzlichen Regelung selbst, teils mit der Rolle des Einzelnachlasses in einer entwickelten Konsumgüterwirtschaft zusammenhängen, ist die praktische Bedeutung des Verbots der Einzelnachlässe allerdings eher als gering einzuschätzen.

Zunächst dürfte sich kein Verbraucher durch das RabG ernstlich gehindert fühlen, um den Preis zu handeln, wenn es ihm

16) vgl. FIKENTSCHER, Preisunterbietung, a.a.O., S. 15; GUTENBERG, a.a.O., S. 179; EUCKEN, Grundlagen der Nationalökonomie, Berlin 1965, 8. Aufl., S. 93ff; vgl. oben, S. 51, Fußn. 42

17) DÖRGE, Didaktik und Methode der Verbraucherbildung, AGV Verbraucherrundschau, Heft 2, 1973, S. 18

tatsächlich darauf ankommen sollte, eine individuelle Preisermäßigung zu erzielen. Man kann auch wohl ohne Übertreibung sagen, daß das rabattrechtliche Verbot des Einzelnachlasses dem durchschnittlichen Verbraucher unbekannt sein dürfte. Andererseits werden sich auch die wenigsten Einzelhändler durch das RabG gehindert fühlen, einem Kunden, der auf einem "Rabatt" besteht, eine Preisermäßigung zukommen zu lassen, wenn dazu überhaupt die Neigung vorhanden sein sollte. Solange die verschiedenen Vereinigungen zur Förderung gewerblicher Interessen nicht einmal in gewünschtem Maße die Einhaltung weit wichtigerer Vorschriften des UWG und der AO betr. Sonderverkaufsveranstaltungen überwachen können,¹⁾ kann von einer wirksamen Überwachung der Einzelnachlässe keine Rede sein. Dazu kommt, daß es viele Möglichkeiten gibt, einen Einzelnachlaß zu kaschieren; man denke nur an die Inzahlungnahme gebrauchter Waren²⁾ oder das Verschieben von Mängeln.³⁾ Immerhin muß aber jeder Einzelhändler, der einem einem Kunden im Preis entgegenkommen will, die Möglichkeit in Betracht ziehen, daß es sich bei dem Kunden um einen von der Konkurrenz beauftragten "agent provocateur" handeln könnte.⁴⁾ Die vorliegenden Urteile, in denen der Einzelnachlaß rabattrechtlich relevant wurde, betreffen daher i.d.R. Fälle, in denen sich "Discounter" oder Außenseiter bei ihren Konkurrenten mit planmäßiger Gewährung von "Einzelnachlässen" unbeliebt gemacht hatten.⁵⁾

Wenn also die Regelung der Einzelnachlässe praktisch kaum von großer Bedeutung ist, dann ist das sicher nicht - wie ULMER formuliert - darauf zurückzuführen, daß das RabG in bestimmten Branchen im allgemeinen beachtet würde,⁶⁾ sondern eher der bekannten allgemeinen Passivität des Ver-

1) vgl. z.B. (o.V.), "In Krisenzeiten verwildern gute Sitten", SZ vom 6.11.1975, Nr. 255, S. 25

2) vgl. NOPPER, a.a.O., MA 1961, S. 120/121

3) womit der Einzelnachlaß "sachlich gerechtfertigt" wäre, s.O., S. 50f; BGH, Schrankwand, a.a.O.; BGH, 20.5.1960, GR 60, 558/562 (Eintritt in Kundenbestellung)

4) der agent provocateur ist (auch) im Wettbewerbsrecht eine bedenkliche Erscheinung; er sollte nur als ultima ratio zur Verfolgung schwerwiegender Verstöße anerkannt werden

5) vgl. oben, S. 40ff

6) ULMER, a.a.O., S. 201;

brauchers, dem natürlichen Widerstand des Einzelhändlers gegen sporadische Preisermäßigungen und dem Umstand zuzurechnen, daß der Einzelnachlaß nur für bestimmte Branchen - dem Handel mit höherwertigen Gütern - als Werbemittel in Betracht kommen kann.

Im gesamten Handel mit dem "laufenden Bedarf"⁷⁾ kann der Einzelnachlaß schon deswegen keine Rolle spielen,⁸⁾ weil wohl die wenigsten Verbraucher beim täglichen oder monatlichen Einkauf des Lebensbedarfs geneigt sind, um den Preis zu handeln. Im Bereich der Güter des "laufenden Bedarfs" wird der Verbraucher wegen psychischer und objektiver, durch den Massenabsatz bedingter Hemmnisse eine preisbezogene Aktivität allenfalls in der Suche nach einer günstigeren Einkaufsquelle entfalten - wenn nicht ohnehin örtliche und persönliche Präferenzen in der Wahl der Einkaufsquellen den Ausschlag geben.⁹⁾

Eine Aufhebung des Verbots von Einzelnachlässen¹⁰⁾ wäre z.B. für den gesamten Lebensmittelhandel ohne Bedeutung. Es kann mit Sicherheit ausgeschlossen werden, daß eine Legalisierung des Einzelnachlasses den Preiswettbewerb in diesem Bereich spürbar beeinflussen könnte, da der Einzelnachlaß für die wettbewerbsprägenden Verbrauchermärkte und SB-Warenhäuser¹¹⁾ aus Gründen der Betriebsorganisation noch weniger in Frage kommen kann¹²⁾ als für den Facheinzelhandel.

Eine gewisse Bedeutung könnte eine Freigabe des Einzelnachlasses allenfalls für den Handel mit höherwertigen Serienprodukten (Gebrauchsgüter, shopping goods) - wie Autos, Fotoapparate, Elektroartikel, Sportgeräte, usw. - erlangen. Dabei ist jedoch zu fragen, ob nicht in vielen dieser Branchen nicht schon längst "die Preisauszeichnung ihre unbe-

7) als Gegensatz zu den "höherwertigen Serienprodukten", die "aperiodisch nachgefragt werden (ULMER, a.a.O., S.219) zu verstehen. Der Begriff deckt sich heute inhaltlich wohl mit dem Selbstbedienungssortiment.

8) vgl. ULMER, a.a.O., S.201

9) vgl. LINDEMANN, Markttransparenz und Preispolitik, Berlin 1968, S.23

10) zur Rabatt-Ankündigung, s.u., S.94; zur Sparmarke, s.u., S.84

11) s.o., S.17

12) vgl. ULMER, a.a.O., S.S.214/215

dingte Verbindlichkeit verloren hat."¹³⁾ Der Einzelnachlaß kann hier weitgehend als Reaktion auf die Verbreitung "Grauer Märkte" und des Disconthandels in manchen Bereichen des Handels mit höherwertigen Serienprodukten gesehen werden.¹⁴⁾

Soweit demnach eine Aufhebung des Verbots der Einzelnachlässe überhaupt gewisse Auswirkungen auf den Preiswettbewerb in manchen Branchen haben könnte, wäre dies aus wirtschafts- und verbraucherpolitischer Sicht auch keinesfalls unerwünscht. Überaus starke Preisschwankungen bei Gebrauchsgütern zeigen,¹⁵⁾ daß in diesen Bereichen tendenziell überhöhte Handelsspannen vorzufinden sind, was teils auf den Einfluß der Preisempfehlungen,¹⁶⁾ teils auf die bei Gebrauchsgütern weitgehend übliche "Abschöpfungsstrategie" ("Preisbildung von oben") zurückzuführen sein dürfte.¹⁷⁾

3. Kapitel: Einzelnachlaß und Leistungswettbewerb

1. Grundsätzliches

Findet sich für ein gesetzliches Verbot unmittelbar keine sachliche Rechtfertigung, weil das betroffene Verhalten nicht mit einem klaren Unwerturteil belegt werden kann,¹⁾ läßt sich immer noch vorbringen, die Regelung sei notwendig, um Möglichkeiten des Mißbrauchs vorbeugend zu verhindern. Eine Argumentation mit dem Präventionsgedanken hat freilich den Nachteil oder Vorteil - je nach Interessenstandpunkt des Argumentierenden, daß sie sich nur auf mehr oder weniger überzeugende Prognosen über die Folgen einer Aufhebung des Verbots stützen kann.

Dementsprechend bestehen auch über die Wirkung des Rabattverbots die verschiedensten Meinungen. Während die einen dem RabG zuschreiben, es bewirke überhöhte Preise,²⁾

13) ULMER, a.a.O., S. 202 m.w.Nachw.

14) wo Vertriebsbindungen wirksam sind - z.B. in der Sportartikelbranche - tritt Preiswettbewerb nur als Ergebnis einer Konkurrenz der Hersteller in Erscheinung

15) WIEKEN-HALBACH, Vergleichende Preiserhebungen, in: AGV Verbraucherrundschau, Heft 4, 1973, S. 3

16) s.o., S. 39; vgl. auch MELLEROWICZ, Markenartikel, a.a.O., S. 115

17) LANGE, Preisbildung bei neuen Produkten, Berlin 1972, S. 167ff

1) so für den Rabatt schon RG, 23.12.1926, MuW 1927/S. 32; auch die Begründung des RabG stützt sich nur auf "Übersteigerungen" im Rabattwesen, vgl. bei M-E-W-G, S. 183

2) WOLL, a.a.O., S. 282; ULMER, a.a.O., S. 215 m.w.Nachw.

erwarten andere bei einer Aufhebung des RabG geradezu chaotische Zustände oder Preissteigerungen.³⁾ Der Rabatt ermögliche, die "wahre Preisstruktur zu verheimlichen".⁴⁾ Somit verhindere das RabG, daß der Rabatt von vorneherein in die Kalkulation einbezogen und mit Rabatten auf überhöhte Preise geworben würde.⁵⁾ Aus Konkurrenzgründen sei wiederum ein allgemeines Ausufern dieser irreführenden Werbemethoden nicht zu vermeiden. Leidtragender einer Aufhebung des Rabattverbots sei vor allem der geschäftlich Unerfahrene und der sozial Schwache.⁶⁾

2. Gefahr eines "Ausufern" der Einzelnachlässe?

Die Behauptung, ein "exzessiver Rabattwettbewerb" habe das RabG erforderlich gemacht, läßt sich nicht belegen; die vorgebrachten Argumente beziehen sich überdies sicher nicht auf den Einzelnachlaß, sondern auf die Werbung mit dem Rabattgutschein.⁷⁾

Auch heute wäre eine allgemeine Verbreitung der Einzelnachlässe schon wegen ihres beschränkten Anwendungsbereichs⁸⁾ nicht zu erwarten. Dazu kommt, daß sich der Einzelnachlaß naturgemäß nicht in Werbeaktionen verwenden läßt und gegenüber anderen Formen der Werbung mit dem Preis eben nur im Einzelfall wirksam werden kann. Wer den Einzelnachlaß werblich aktiv, durch allgemeine Ankündigungen propagieren wollte, müßte seine Preisgestaltung offen unverbindlich machen.⁹⁾ Eine planmäßige Gewährung von Einzelnachlässen könnte zwar darauf zielen, durch mündliche Propaganda in Kundenkreisen einen Wettbewerbsvorteil zu erzielen, jedoch wird ein solches Werbeverhalten immer nur als ein Kuriosum des Wettbewerbs in Erscheinung treten.¹⁰⁾ Daß der Einzelnachlaß die Tendenz zu einer unkontrollierten Ver-

3) vgl. KISSELER, a.a.O., S. 129: Die "Beseitigung des RabG wäre die umfassendste Maßnahme zu einer groß angelegten Irreführung des Verbrauchers", HECHT-KÜMPFEL, a.a.O., S. 645

4) STRITZKE, a.a.O., S. 4

5) B-H, S. 1409 m.w.Nachw.; BGH-Schlepper, a.a.O.

6) KISSELER, a.a.O., S. 129; Wettbewerbszentrale, in: WRP 1974, S. 57

7) so eindeutig in der GBegr., M-W-G, S. 183/184, vgl. oben S. 9ff

8) s.o., S. 58

9) dementsprechend wäre ein Konflikt mit den Vorschriften des § 3 UWG unvermeidlich, vgl. B-H, S. 898 m.w.Nachw.

10) vgl. zB. OLG Hamburg, 1.3.1973, WRP 73, S. 425 (Gotland-Mantel) s. auch oben, S. 62ff.

breitung in sich trage, läßt sich jedenfalls nicht begründen. Nur unter extremen Wettbewerbsbedingungen - wie der Rezession der dreißiger Jahre - wäre vorstellbar, daß sich die Abhängigkeit vieler Unternehmer vom einzelnen Absatzakt so erhöht, daß überhaupt von einem gewissen Zwang zum Entgegenkommen im Preis gesprochen werden könnte. In einer derartigen Situation ist es aber wieder ausgeschlossen, daß die Einzelnachlässe über erhöhte Preise ausgeglichen werden könnten, womit eine weitere Verbreitung der Einzelnachlässe nur in einem Prozeß der Anpassung überhöhter Handelsspannen an eine verringerte Nachfrage denkbar wäre. Letztlich bestätigt sich auch hier die leistungskonforme Natur des Einzelnachlasses.

Präventive Beschränkungen des Wettbewerbs hat der Gesetzgeber mit Ausnahme des RabG nur in Fällen vorgesehen, in denen es wegen konkreter - im Fall der Sonderverkäufe jahrzehntelanger - Mißstände offenbar wurde, daß die allgemeinen Schutzvorschriften für einen lautereren Wettbewerb nicht ausreichten.¹¹⁾ Das RabG ist der einzige Fall, in dem ein Bereich wettbewerbslichen Verhaltens mit einem Verbot belegt wurde, ohne daß konkrete Mißbraucherscheinungen sichtbar geworden wären.¹²⁾ Mit Ausnahme Österreichs ist die Bundesrepublik der einzige Staat, in dem ein Verbot des Einzelnachlasses für notwendig erachtet wird.¹³⁾

Für die Behauptung, nach Aufhebung des RabG sei mit einer beträchtlichen Steigerung der Einzelnachlässe zu rechnen, die zu einer Erhöhung der Preise führen würde, lassen sich keine Anhaltspunkte in der Realität finden.

11) Die Sonderverkäufe traten schon im vorigen Jahrhundert unliebsam in Erscheinung, vgl. HIRSCH, *Moderne Handel*, a.a.O., S. 305; TETZNER, *Das Recht der Sonderveranstaltungen*, a.a.O., S. 13/35

12) zur Vorgeschichte der ZugVO vgl. Begr., HOTH-GLOY, a.a.O., S. 429ff und oben, S. 7 (Fußn. 29)

13) vgl. HOTH-GLOY, a.a.O., S. 297ff; TETZNER, *RabG*, a.a.O., S. 11; v. GODIN, a.a.O., S. 509

3. Scheinrabatte durch den Einzelnachlaß?

Der Gesetzgeber hat noch in der Begründung der ZugVO ausdrücklich hervorgehoben, daß "Rabatte" im Gegensatz zur Zugabe im allgemeinen nicht geeignet seien, den Verbraucher zu täuschen.¹⁴⁾ Beim Rabatt stehe der Wert der Zuwendung eindeutig fest, was bei der Wertreklame grundsätzlich nicht der Fall sei.¹⁵⁾

Für die Befürworter des RabG ist die Bekämpfung des Scheinrabatts, der Schutz der wahren Preisgestaltung trotz dem ein gewichtiges Argument.¹⁶⁾

Mit dem Einzelnachlaß kann in verschiedener Hinsicht eine Irreführung des Verbrauchers verbunden sein. So kann die Täuschung in der Begründung des Einzelnachlasses liegen; in dem mit Urteil vom 18.1.1967 durch den BGH entschiedenen Fall wurde z.B. dem Kunden eine Wertminderung der Ware verschwiegen und die Preisermäßigung als eine besondere persönliche Vergünstigung dargestellt.¹⁷⁾ Die Täuschung kann aber auch darin liegen, daß mit dem Preisnachlaß ein Preisvorteil vorgespiegelt wird, weil der Preis von dem der "Nachlaß" gewährt wird, nicht oder nicht mehr ernstlich gefordert wird.¹⁸⁾ Es handelt sich hier um einen "Scheinrabatt", dessen Merkmal es ist, daß er von einem "Mondpreis" gewährt wird.¹⁹⁾

In beiden Fällen wird ein Preisvorteil vorgespiegelt - im einen Fall wird der Unterschied im Angebot verschwiegen, im anderen Fall wird der Preisvorteil künstlich - durch Bezugnahme auf einen Mondpreis - erzeugt, wobei gleichzeitig die Planmäßigkeit des Vorgehens verschwiegen wird. Die Täuschung kann also beim Einzelnachlaß nicht bloß in der Vorspiegelung eines Preisvorteils, sondern auch darin liegen, daß beim Verbraucher der Eindruck einer individuellen

14) Erläuterungen zur ZugVO, in: HOTH-GLOY, a.a.O., S. 434

15) vgl. ANGEHRN, Sinn und Unsinn der Wertreklame, MA 1972, S. 177

16) vgl. B-H, S. 1409 m.w. Nachw.; Wettbewerbszentrale, in: WRP 1974, S. 138; KISSELER, a.a.O., S. 129; STRITZKE, a.a.O., S. 4; HECHT-KÜMPFEL, a.a.O., S. 645

17) BGH, GR 1967, S. 433 (Schrankwand)

18) vgl. B-H, S. 877 m.w. Nachw.

19) zur Frage, ob die Gefahr der Scheinrabatte es notwendig macht, die Rabattkündigung zu verbieten, s.u., S. 100 ff.

Vergünstigung erweckt wird (vorgetäuschter Einzelnachlaß).²⁰⁾

Der Scheinrabatt ist nach alldem eine besondere Ausdrucksform der irreführenden Werbung mit dem Preis, die auch in anderen Formen z.B. als "Schaukelpreis" oder als vorgetäuschte Preissenkung auftreten kann.²¹⁾

Die Argumentation, wonach das RabG dem Schutz vor Scheinrabatten diene, wäre daher nur schlüssig, wenn mit dem "Rabatt" eine besondere Gefahr des Mißbrauchs verbunden ist. Nur dann wäre das Verbot der Einzelnachlässe, das eine ernst zu nehmende Beeinträchtigung der Preisautonomie darstellt,²²⁾ präventiv gerechtfertigt.

Zweifellos ergibt sich aus der Attraktivität des "Preisvorteils", der "besonderen Vergünstigung" für manche Unternehmer eine gewisse Verlockung, den Preisnachlaß mißbräuchlich zu verwenden. Mit dem Gesetzgeber der ZugVO ist jedoch festzustellen,²³⁾ daß die Gefahr von Scheinrabatten und ihre Attraktivität deswegen nicht besonders groß ist, weil mit dem Gewähren von scheinbaren Preisermäßigungen keine Verwirrung über die Relation von Leistung und Gegenleistung verbunden ist; trotz des "Preisnachlasses" kann der Kunde klar erkennen, wieviel er letztlich für die Ware zu zahlen hat.²⁴⁾ Wer mit Scheinrabatten werben will, muß in Kauf nehmen, daß seine "Normalpreise" als überhöht erkannt werden und sein Verhalten im Kundenkreis abschreckend - statt werbend - wirkt.

Eine unauffällige Werbung mit Scheinrabatten wird i.d.R. nur möglich sein, wenn sich der "Mondpreis" - die Grundlage des Scheinrabatts - aus "längerfristiger Beibehaltung ursprünglich marktgerecht festgesetzter, inzwischen aber überhöhter Preise" ergibt.²⁵⁾ Wenn die Preise erst auf ein Niveau

20) vgl. BGH-Schrankwand, a.a.O.

21) vgl. B-H, S.883 mw.Nachw.; BGH, 28.6.1974 (Avon)

22) s.o., S.56

23) s.o., S.62

24) eine andere Frage ist, ob durch "Rabatt"-Ankündigungen negative Einflüsse auf Preisklarheit und Markttransparenz ausgehen können

25) ULMER, a.a.O., S.213

gehoben werden müssen, das es erlaubt "Nachlässe" zu gewähren, wird der Scheinrabatt und der Verstoß gegen § 3 UWG leicht zu fassen sein.²⁶⁾

Nach P.JLMER soll schon dann ein Verstoß gegen § 3 UWG angenommen werden können, wenn der Unternehmer "seine Preise auf einem Niveau festsetzt, das ihm die generelle Gewährung von Preisnachlässen gestattet!"²⁷⁾ Dieser Ansicht kann jedoch nicht zugestimmt werden. Auch bei einer "generellen Gewährung" von Einzelnachlässen können echte Preisvorteile vorliegen, wenn der "Normalpreis" nicht so überhöht ist,²⁸⁾ daß von einem Mondpreis gesprochen werden kann. Ein häufiges Gewähren von Preisnachlässen wird nur dann zu der Vermutung eines Verstoßes gegen § 3 UWG berechtigen, wenn ein engerer zeitlicher Zusammenhang mit einer (vorangegangenen) Preiserhöhung gegeben ist. Werden die Einzelnachlässe gar von einem Preis gewährt, der sich erst durch längeren Zeitablauf als überhöht erweist, sollte wegen häufiger Einzelnachlässe die Vorschrift des § 3 UWG nur sehr vorsichtig in Erwägung gezogen werden, um nicht über § 3 UWG ein Verbot des Einzelnachlasses einzuführen.

Letzteres sollte vor allem beachtet werden, wenn der "Mondpreis" durch eine Preisempfehlung des Herstellers gebildet wird. Die von vorneherein oder im Lauf der Zeit unrealistisch gewordene Preisempfehlung dürfte wohl der häufigste Fall eines Mondpreises sein.²⁹⁾ Steigern sich Einzelnachlässe bei Waren, für die Preisempfehlungen bestehen, sollte das Augenmerk nicht auf den Einzelnachlaß, sondern auf die Preisempfehlung gerichtet werden, die - wenn sie überhöht ist - den eigentlichen Mißbrauchstatbestand darstellt.³⁰⁾

26) ULMER, a.a.O., S. 213 m.w.Nachw.; B-H, S. 877; zur Rechtfertigungspflicht des Werbenden, wenn gewichtige Verdachtsgründe für einen Verstoß gegen § 3 UWG sprechen, BGH, 28.6.1974, NJW 1974, S. 1822

27) ULMER, a.a.O., S. 213; REIMER-GAMM, a.a.O., S. 361ff

28) eher wäre noch Verstoß gegen PreisangVO anzunehmen, s.o., S. 39

29) vgl. NIESCHLAG, Marketing, a.a.O., S. 629; v. GODIN, a.a.O., S. 98; REIMER-GAMM, a.a.O., S. 211; BKA-Mitteilung in: WuW 1975, S. 298; BGH, 5.11.1966, WRP 66, S. 335 (Uhren III); OLG Hamm, 14.12.1971, WRP 73, S. 46; die Mondpreis-Empfehlung ist gleichwohl nur eine Ausnahmeerscheinung, vgl. (o.V.), IFO-Schnelldienst, a.a.O., 1976, Heft 15, S. 5/9

30) s.o., S. 39; vgl. BGH, 5.1.1966, NJW 1966, S. 977 (Richtpreiswerbung Uhren I); BGH, 28.6.1974, NJW 1974, S. 1822 (irreführende Preisgegenüberstellung)

Die Anwendung des § 3 UWG auf Tatbestände von Scheinrabatten wäre also in der Praxis keineswegs problemlos. Andererseits ist aber auch nicht zu sehen, daß die Schwierigkeiten der Subsumtion größer wären als für andere Formen irreführender Werbung mit dem Preis. Jedenfalls bedarf es keines präventiven Verbots der Einzelnachlässe, um der Gefahr von Scheinrabatten wirksam zu begegnen.

§ 3 UWG hat gegenüber der Regelung des § 1 RabG noch den Vorzug, daß die Vorschrift in Bezug auf das Merkmal der Irreführung die spezielle Norm ist und der richterlichen Auslegung damit eine klare Orientierung ermöglicht.³¹⁾ Wenn dagegen mit dem Rabattverbot ein irreführendes Verhalten erfaßt wird, so ist dies ein zufälliges, nicht notwendiges Ergebnis.³²⁾

Als Ergänzung des § 3 UWG wäre das Rabattverbot des § 1 RabG demnach fehl am Platz.

4. Das Verbot des Einzelnachlasses und das Preisangabenrecht

Das Verbot der Einzelnachlässe soll - als ein Teil des Rabattverbots - der "Preistreue" und damit (auch) der Preisklarheit und der Markttransparenz dienlich sein.³³⁾ In diesen Zielen besteht eine Übereinstimmung mit der PreisangVO (vgl. § 1 Abs. 7) und es fragt sich, ob dem Verbot der Einzelnachlässe eine das Preisangabenrecht ergänzende Aufgabe zukommt.³⁴⁾ Sie wäre darin zu sehen, daß das RabG der PreisangabVO erst die (angeblich) "notwendige Verbindlichkeit verleihe" und damit die "Zuverlässigkeit der Preisangabe" garantiere.³⁵⁾ KISSELER³⁶⁾ formuliert diese Ansicht treffend in der Frage, "was die Preisauszeichnungspflicht überhaupt zu

31) was von der unsicheren und schwankenden Auslegung des RabG sicher nicht gesagt werden kann

32) das ergibt sich schon empirisch aus dem Verhältnis von Fällen wie BGH-Schrankwand (a.a.O.) und der Unzahl anderer, in denen es nur um eine Wettbewerbsbeschränkung geht

33) vgl. TETZNER, RabG, a.a.O., S. 59; Wettbewerbszentrale, in: WRP 1974, S. 138; DÖRINKEL, a.a.O., S. 13

34) s.o., S. 39

35) KISSELER, a.a.O., S. 129

36) ebenda

bedeuten habe, wenn doch über den Preis frei verhandelt werden könne".

Der Zuverlässigkeit der Preisangabe wird von der h.M. ohne Zweifel mit Recht eine hohe Bedeutung zugemessen als Voraussetzung für den Leistungsvergleich des Verbrauchers.³⁷⁾ Es erscheint aber als verfehlt, daraus die Forderung abzuleiten, Einzelnachlässe müßten verboten sein.

Gegen diese in der Frage KISSELERs zum Ausdruck kommende Schlußfolgerung ist zunächst schon einzuwenden, daß das RabG nicht verhindern kann, daß über den Preis "frei verhandelt" wird. Da Voraussetzung für die Anwendung des Rabattverbots die Angabe eines "Normalpreises" ist, kann immerhin dann frei über den Preis verhandelt werden,³⁸⁾ wenn auf die Angabe eines Normalpreises verzichtet wird.³⁹⁾ Ferner läßt KISSELER außer Acht, daß das Verbot des Einzelnachlasses nicht uneingeschränkt gilt, sondern in den Fällen einer sachlichen Rechtfertigung durch Angebotsdifferenzierung ebenfalls nicht zum Zuge kommt.⁴⁰⁾

Schließlich ist aber im Grundsätzlichen zu bestreiten, daß zwischen dem Verbot der Einzelnachlässe und den Zielen des Preisangabenrechts, der Preisklarheit und der Markttransparenz, überhaupt ein funktioneller Zusammenhang gesehen werden kann. Die "Zuverlässigkeit" der Preisangabe wird durch das Preisangabenrecht selbst gewährleistet, da die PreisangVO selbstverständlich zur Angabe des richtigen Preises verpflichtet.⁴¹⁾ Die Ziele der Preisklarheit und der Markttransparenz werden hinreichend dadurch berücksichtigt, daß nach der PreisangVO die Verpflichtung zur Angabe des "Normalpreises" ("unabhängig von einer Rabattgewährung", § 1 Abs. 1 PreisangVO) besteht.⁴²⁾ Nach der PreisangVO brauchen

37) DÖRINKEL, a.a.O., S. 12; LINDEMANN, a.a.O., S. 16/37ff; THEISEN, a.a.O., S. 39ff; DÖLL, a.a.O., BB 1960, S. 1107; LANGE, a.a.O., S. 79f

38) s.o., S. 36ff

39) was im Geltungsbereich des RabG allerdings im allgemeinen einen Verstoß gegen die PrAngVO darstellen wird, s.o., S. 39f

40) s.o., S. 49

41) s.o., S. 39 und BENDER, a.a.O., WRP 1973, S. 310/311

42) ebenda

Rabatte nicht genannt zu werden, "es bestehen jedoch keine Bedenken, daß auf die Gewährung eines Barzahlungsnachlasses hingewiesen wird."⁴²⁾

Sinn des Preisangabenrechts ist es nämlich, daß der Verbraucher - ohne erst den Verkäufer bemühen zu müssen - auf den ersten Blick den Preis der Ware feststellen kann, was ihn in die Lage versetzt, leichter Preisvergleiche zwischen verschiedenen Unternehmen oder Produkten anstellen zu können. Diese Möglichkeit wird aber auch nicht dadurch verbaut, wenn der Verbraucher damit rechnen kann, einen "Nachlaß" auf den ausgezeichneten Preis zu bekommen. Es kann ihm nur zum Vorteil gereichen, wenn er die Ware noch günstiger bekommt als es ihm beim ersten Zusehen erscheint.⁴³⁾

Die Preisauszeichnungspflicht ist also auch dann sinnvoll, wenn sie nicht mit der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung eines Rabattverbots ausgestattet ist. Der Informationsgehalt der Preisangabe als Grundlage für den Preisvergleich ist auch dann gewahrt, wenn der Konsument die Preisauszeichnung als "Höchstmarke" versteht. Es braucht im übrigen auch nicht befürchtet zu werden, daß die Preisangabe bei einer Aufhebung des Rabattverbots generell zur bloßen "Verhandlungsbasis" denaturieren würde; eine derartige Entwicklung ist angesichts der objektiven Bedingungen des massenhaften Güterumsatzes und der Interessen der Handelsbetriebe nicht zu erwarten.⁴⁴⁾

4. Kapitel: Einzelnachlaß und Verbraucherschutz

1. Grundsätzliches

Es wird heute vielfach die Behauptung verbreitet, der Verbraucher - und nicht der Unternehmer - sei eigentlich der vom RabG Begünstigte und Geschützte.¹⁾ Diese Wandlung in der Auffassung vom Schutzzweck des RabG steht sicher in Verbindung mit entsprechenden Vorgängen in der Literatur zum Recht des unlauteren Wettbewerbs;²⁾ sie darf aber wohl auch darauf zurückgeführt werden, daß die Befürworter des RabG

42) BENDER, a.a.O., WRP 1973, S. 311

43) vgl. den Fall OLG Hamburg, 1.3.1973, WRP 73, S. 425 (Gotland)

44) s.o., S. 25 und ULMER, a.a.O., S. 215 m.w.Nachw.

1) B-H, S. 1409 und ULMER, a.a.O., S. 204 m.w.Nachw.

2) vgl. BURMANN, Zur Problematik eines werberechtlichen Verbraucherschutzes, WRP 1973, S. 313; REIMER-GAMM, a.a.O., S. 3/4; "starke Tendenz zur Betonung des Allgemeininteresses" (m.w.Nachw.)

eine breitere Basis für ihre Argumentation zu finden bemüht sind.

Eine verbraucherschützende Zielsetzung läßt sich auch behaupten, wenn der Schutz des Leistungswettbewerbs im Vordergrund steht; so vor allem, wenn geltend gemacht wird, das Rabattverbot schütze vor irreführenden Scheinrabatten.³⁾ Daß diese Argumentation nicht überzeugen kann, wurde bereits festgestellt.⁴⁾

Es wird ferner behauptet, das RabG schütze den Verbraucher vor unüberlegten Einkäufen, weil "Preisnachlässe" eine "starke Verlockung" darstellten und zum Kauf motivierten, ohne daß noch Güte und Preis verglichen würde;⁵⁾ dann soll es auch Aufgabe des Rabattverbots sein, für eine Gleichbehandlung der Verbraucher im Preis zu sorgen.⁶⁾

2. Der Einzelnachlaß ein unerwünschtes "Lockmittel"?

Das Argument der unsachlichen Beeinflussung des Verbrauchers durch "Preisnachlässe" bezieht sich weniger auf den Einzelnachlaß und den Preisvorteil als auf das Gewähren von "Rabattmarken" und die "Rabatt"-Ankündigung.

So ist klar erkennbar, daß z.B. das BVerfG in seinem Beschluß vom 11.4.1967 (zu § 6 RabG), als es die Werbewirkung des "Rabatts" beschrieb, vor allem die Rabattgewährung in Form der Sparmarke vor Augen hatte.⁷⁾

Andererseits stand in allen "Verkaufslager-Fällen",⁸⁾ die für die Ausprägung der verbraucherschützenden Auffassung der Rabatt-Rechtsprechung maßgeblichen Anteil hatten, und in der grundlegenden BGH-Entscheidung vom 3.3.1961⁹⁾ allein

3) s.o., S.62

4) s.o., S.63ff

5) B-H, S.1409 m.w.Nachw.; STRITZKE, a.a.O., S.4; vgl. z.B. BVerfG, Beschl. v. 11.4.1967, NJW 67, S.1459/60: "...so ist es doch verboten, diese in den Mantel eines Preisnachlasses zu hüllen, um dadurch die Kauflust anzuregen"

6) Wettbewerbszentrale, in: WRP 1974, S.138; KISSELER, a.a.O., S.129

7) vgl. Nachw. bei Fußn.5: "...ohne die Preise zu vergleichen, stellen sie (die Kunden, Erg.d.Verf.) fest, daß in bestimmten Geschäften kein Barzahlungsnachlaß gewährt wird". Auch RUBERG (a.a.O., S.665) auf den diese Äußerung Bezug nimmt, versteht unter "Rabatt im Einzelhandel" nur die Rabattmarke.

8) s.o., S.36 bis S.44

9) BGH, 3.3.1961, GR 61, 367 (Schlepper)

die wettbewerbspolitische Wirkung der "Rabatt"-Ankündigung in Frage. Die Vorstellung der rabattrechtlichen Ziele ist wesentlich von der A n k ü n d i g u n g des Normalpreises oder "Rabatts"¹⁰⁾ her geprägt, denn die Rabattmarke, der Einzelnachlaß oder der Sonderpreis beschäftigten die Rechtsprechung relativ nur in geringerem Maße. Dies zeigt sich z.B. in der oft zu lesenden Behauptung, die - angeblich - besondere Gefährlichkeit des Rabatts beruhe auf seiner "gegenüber der bloßen Preisherabsetzung höheren (werblichen, Erg.d. Verf.) Wirkung".¹¹⁾

Selbst wenn es jedoch einmal in einem Urteil auf die Zulässigkeit des Einzelnachlasses ankommt, bedeutet das noch nicht, daß die "Rabatt-Gewährung" dann stets als "Förderung der Kauflust" verstanden werden könnte. So hatte der Bkl. in dem vom OLG Hamburg mit Urteil vom 1.3.1973 entschiedenen Fall¹²⁾ zwei Kundinnen an der Kasse aus eigener Initiative einen "Nachlaß" eingeräumt, dies zu einem Zeitpunkt also, in dem der Kaufentschluß schon feststand.

Eine "unsachliche Beeinflussung" des Verbrauchers ist letztlich aber auch auszuschließen, wenn der Einzelnachlaß als "Werberabatt" verwendet wird, um zum Kauf zu "reizen". Wenn ein echter Nachlaß von einem Normalpreis vorliegt,¹³⁾ stellt sich diese "Verlockung" zum Kauf gerade als eine typische Äußerung des Wettbewerbs mit dem Preis und der Leistung dar.¹⁴⁾ Die Sorge von Gesetzgeber und Rechtsprechung sollte in einer marktwirtschaftlichen Ordnung gerade darauf gerichtet sein, den Einzelnachlaß als eine Form des Preiswettbewerbs, der den kartellisierenden Wirkungen der Preisempfehlung entgentreten könnte, zu fördern.¹⁵⁾

10) s.o., S.45

11) DÖRINKEL, a.a.O., S.7

12) WRP 73, S.425 (Gotland-Mantel)

13) und kein Scheinrabatt, der gem. den §§3,4 UWG zu behandeln wäre, s.o., S.62ff

14) die negative Bewertung des "Werberabatts" stammt aus der Zeit, als der national-sozialistische Gesetzgeber die "Misere des Handels" mit wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen lindern wollte (s.o., S.12ff); daß der Einzelnachlaß grundsätzlich wettbewerbskonform ist, steht fest, vgl. oben, S.23ff; ULMER, a.a.O., S.210 m.w.Nach.; vgl. auch RG, 23, 12, 1926, MuW 27/28, S.32; BGH-Jubiläum, a.a.O.

15) WOLL, a.a.O., S.282ff; ULMER, a.a.O., S.211/214 m.w.Nachw.

3. Der Einzelnachlaß und der Gleichbehandlungs- gedanke

Schon MÖHRING¹⁾ wandte sich 1910 gegen das "Rabattwesen" mit dem Argument, daß der Rabatt zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung der Verbraucher führe, die ihn nicht erhielten: "...der eine bekommt, der andere nicht." Wie viele andere Argumente auch, die zur Rechtfertigung des RabG vorgebracht wurden, kann diese Behauptung ebensowenig für sich in Anspruch nehmen, sie beziehe sich sinnvollerweise auf den gesamten Regelungsbereich der Norm. Sie betrifft vielmehr nur zwei Tatbestände, an die der Gedanke der Ungleichbehandlung anknüpfen kann. Rückvergütung (Rabattmarke) und die Werbung mit dem Preisvorteil im allgemeinen sollen bestimmungsgemäß j e d e m Kunden zukommen. Nur Einzelnachlaß und Sonderpreis²⁾ haben eine unterschiedliche Behandlung des Kundenkreises zur Folge. Während durch den Einzelnachlaß der einzelne Kunde ("sporadisch") bevorzugt wird, ist der Sonderpreis eine Vergünstigung für abgrenzbare Kundengruppen.³⁾

Zunächst ist schon fraglich, unter welchen Voraussetzungen im Recht des Wettbewerbs, das ein Teil des Privatrechts ist, der ursprünglich staatsrechtliche Gedanke der Gleichbehandlung überhaupt Verwendung finden kann.

Es steht heute fest, daß eine Verpflichtung zur Gleichbehandlung im Privatrecht grundsätzlich nicht besteht, da insoweit vom Grundsatz der Vertragsfreiheit auszugehen ist.⁴⁾

Eine Gleichbehandlungspflicht besteht im allgemeinen auch nicht im Wettbewerbsrecht⁵⁾: "Grundsätzlich steht es einem Unternehmer im Rahmen einer marktwirtschaftlich orien-

1) MÖHRING, a.a.O., S. 4

2) der Sonderpreis wird im folg. Teil C behandelt

3) genauer: Preisspaltung nach Kundenkreisen; der "Sondernachlaß" ist nur ein Einzelnachlaß mit besonderer Begründung, s.u., S. 75 ff.

4) vgl. B-H, a.a.O., 29. Aufl., S. 108 m.w.Nachw.; eine grundsätzliche Gleichbehandlungspflicht wird nur im Arbeitsrecht anerkannt, vgl. PALANDT, a.a.O., 29. Aufl., S. 517

5) ein Diskriminierungsverbot wurde in § 26 GWB ausdrücklich begrenzt auf marktmächtige Unternehmen, vgl. ULMER, a.a.O., S. 211/215 m.w.Nachw.

tierten Wirtschaftsordnung frei, seine Preisgestaltung in eigener Verantwortung vorzunehmen und ...die Kunden preislich differenziert zu behandeln!"⁶⁾ Auch § 1 UWG hindert den Unternehmer grundsätzlich nicht, den Preis nach seinem Ermessen festzusetzen.⁷⁾ "Er handelt nicht anstößig, wenn er die Abnehmer im Preis unterschiedlich behandelt!"⁷⁾

Weder aus dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz⁸⁾ noch aus den gegen Preisdiskriminierung gerichteten Vorschriften des GWB kann das Verbot der Einzelnachlässe und Sonderpreise im RabG gerechtfertigt werden; das Verbot der Preisdiskriminierung im GWB wurde bewußt vom Gesetzgeber auf bestimmte Tatbestände begrenzt, weil die positiven Wirkungen der Preisdiskriminierung für einen effizienten Wettbewerb anerkannt wurden.⁹⁾

Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, daß die Ungleichbehandlung des Verbrauchers durch Einzelnachlaß und Sonderpreis nicht gegen Grundgedanken des Wettbewerbsrechts verstößt und daß eine rechtliche Verpflichtung, die das Verbot der Einzelnachlässe und Sonderpreise rechtfertigen könnte, unserer Rechtsordnung nicht entnommen werden kann.

Die Kritik der Rechtfertigung des RabG durch den Gleichbehandlungsgedanken muß jedoch noch tiefer angesetzt werden. Ein Verbot, das erheblich in die Freiheit der Preisgestaltung eingreift und die Rechte des Verbrauchers faktisch beschränkt,¹⁰⁾ wird nicht schon dadurch

6) BGH, Antibiotika, a.a.O., NJW 1958, S. 1140

7) B-H, S. 889/S. 898 (m.w. Nachw.)

8) keine "Drittwirkung der Grundrechte", vgl. ULMER, a.a.O., S. 215 m.w. Nachw. (FuBn. 76)

9) KOENIGS, a.a.O., NJW 1961, S. 1041/1043; ULMER, a.a.O., S. 215 m.w. Nachw.

10) s.o., S. 34ff

gerechtfertigt, daß eine irgendwie begründete Ungleichbehandlung festgestellt werden kann. Die bloße Ungleichbehandlung ist rechtlich ohne Bedeutung; selbst der verfassungsrechtliche Gleichheitsgrundsatz (Art.3 GG) will nicht die Ungleichbehandlung an sich, sondern die nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung, die W i l l k ü r, verhindern.¹¹⁾

Im GWB kommt dies deutlich dadurch zum Ausdruck, daß hier ohnehin nicht von einem "Gleichbehandlungsprinzip" die Rede ist, sondern von einem "Diskriminierungsverbot". Eine "Diskriminierungshandlung" erfordert tatbestandlich mehr als eine bloße Ungleichbehandlung.¹²⁾ Beim "Diskriminierungsverbot" des GWB geht es darum zu verhindern, daß durch Ungleichbehandlung Wettbewerbsverzerrungen entstehen: "Nur wenn ein Wettbewerber zu denselben Bedingungen mit vorgelagerten Wirtschaftsstufen kontrahieren kann wie seine Mitbewerber, kann er mit diesen in einen echten Leistungswettbewerb treten."¹³⁾ Das Diskriminierungsverbot des GWB soll also die Bevorzugung eines Konkurrenten dann unterbinden, wenn dieser gegenüber seinen Mitbewerbern dadurch einen nicht gerechtfertigten "Startvorteil" bekäme.

Ein Vergleich von GWB und RabG in Bezug auf den Diskriminierungsgedanken ist von vorneherein nur zulässig bei gleicher Sach- und Interessenlage. Ebenso wie im GWB müßte es Sinn des RabG sein, zu verhindern, daß der durch die verbotene Handlung Begünstigte einen "Startvorteil" gegenüber seinen "Mitbewerbern" erhielte. Während aber im Geltungsbereich des GWB typischerweise die Bevorzugung eines Abnehmers im Reflex die Wettbewerbsposition der Mitbewer-

11) vgl. LEIBHOLZ-RINCK, Grundgesetz, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1. und 2. Aufl., Köln 1966, S. 62ff

12) damit darf eine Schemabildung wie: "Gleich/Ungleich/Disproportional" (vgl. SKIBA, Preisdiskriminierung und Wettbewerbspolitik, Frankfurt 1971, S. 3) nur als Vorschlag für eine Systematisierung, nicht aber als Beschreibung der hinreichenden Bedingungen verstanden werden

13) SACK, Zur sachlichen Rechtfertigung von Preis-, Rabatt- und Konditionendiskriminierungen", in: WRP 1975, S. 385; vgl. auch SKIBA, a.a.O., S. 22

ber ungünstig beeinflusst,¹³⁾ ist im Geltungsbereich des RabG nicht ersichtlich, wie die Bevorzugung eines Abnehmers die übrigen Abnehmer b e e i n t r ä c h t i g e n könnte. Durch das Verbot der Einzelnachlässe und Sonderpreise wird nicht die Benachteiligung der übrigen, sondern lediglich die Bevorzugung des einzelnen verhindert.¹⁴⁾

Der Gedanke der Gleichbehandlung des Verbrauchers ist sicher gerechtfertigt, wenn es darum geht, den einzelnen vor willkürlichen Preisüberhöhungen zu schützen. In diesem Sinne lag der Gleichheitsgrundsatz schon den ersten Regelungen einer Preisauszeichnungspflicht zugrunde.¹⁵⁾ Beim Einzelnachlaß und beim Sonderpreis geht es jedoch um die Gewähren einer persönlichen Vergünstigung im Preis.

Diese Vergünstigung könnte nur dann als Benachteiligung der übrigen Kunden erscheinen, wenn zwischen dem Begünstigten und den übrigen Kunden ein bestimmtes konkretes Interessengefüge bestünde, wie es im Bereich des GWB durch die Konkurrenzsituation geschaffen wird. Das ist jedoch nicht der Fall.

Wie P. ULMER überzeugend dargelegt hat, geht das Interesse der übrigen Kunden sogar konform mit der Begünstigung des einzelnen, da Einzelnachlässe auf längere Sicht eine Intensivierung des Wettbewerbs bewirken, die letztlich auch den "weniger geschäftsgewandten Verbrauchern zugute" kommt!¹⁶⁾

Demgegenüber erscheint die Argumentation, daß die durch eine Verbreitung der Einzelnachlässe entstehenden Verluste durch eine Erhöhung des Preisniveaus verlagert würden und damit letztlich der "sozial Schwache" betroffen würde,¹⁷⁾

13) vgl. z.B. BKA-Mitteilung 46/73, in: WuW 1974, S. 160: Bevorzugte Belieferung eines Wiederverkäufers mit Aluminium benachteiligt seine Mitbewerber

14) für "Sonderpreise" ergibt sich ein besonderer Aspekt indes durch die Abgrenzung nach kollektiven Merkmalen, womit ihnen eine individuelle Rechtfertigung (beim Einzelnachlaß die Leistung preisaktiven Verhaltens) fehlt, s.u., S. 77/78

15) HIRSCH, Moderne Handel, a.a.O., S. 303/305

16) ULMER, a.a.O., S. 215

17) KISSELER, a.a.O., S. 129

als nicht stichhaltig. Zwar kann unterstellt werden, daß die Unternehmer sich stets in ihrer Preisgestaltung am gewünschten Einkommen orientieren werden-soweit dies möglich ist -, es ist jedoch zu bezweifeln, daß das Preisniveau bei funktionierendem Wettbewerb und gerade in Situationen, in denen es dem Unternehmer geraten erscheint, dem einzelnen Verbraucher u.U. entgegenzukommen, beliebiger Anpassung unterworfen sein könnte. Vor allem aber ist der Preis für die Waren, bei denen Einzelnachlässe in Frage kommen können (bei höherwertigen Serienprodukten), in der Praxis weitgehend durch den Hersteller bestimmt und dementsprechend der freien Disposition des Händlers (nach "oben") entzogen.

Es ist also anzunehmen, daß die vom RabG (angeblich) angestrebte "Gleichbehandlung" mit einem allgemein höheren Preisniveau erkaufte wird,¹⁸⁾ ohne daß damit rechtliche oder ethische Vorteile (Schutz vor Diskriminierung) verbunden wären.¹⁹⁾

18) KOENIGS, a.a.O., S. 1044

19) vgl. "Empfehlungen des Verbraucherbeirats vom 4.4.1974, in: WRP 1974, S. 327

Teil C: Die Regelung der Sonderpreise und Sondernachlässe

1. Kapitel: Der Anwendungsbereich

1. Die Systematik der Regelung

In die Regelung der "Preisnachlässe" sind gemäß § 1 Abs. 2, 2. HS RabG "Sonderpreise" einbezogen, die "wegen Zugehörigkeit zu bestimmten Verbraucherkreisen, Berufen, Vereinen oder Gesellschaften eingeräumt" werden.

Die besondere Hervorhebung der "Sonderpreise" im RabG hat historische und systematische Gründe. In der Situation der Wirtschaftskrise sollten die schon lange üblichen Vorzugspreise für verschiedene Gruppen - vor allem Berufsgruppen, wie Beamten und Lehrern¹⁾ - unterbunden werden; dies wohl vor allem, weil damit die kooperationsfähigen größeren Betriebe Wettbewerbsvorteile gewannen.²⁾ Der Gesetzgeber beruft sich vor allem darauf, daß die Vorzugsbehandlung bestimmter Kundenkreise der erwünschten Gleichbehandlung aller Verbraucher³⁾ widerspräche.⁴⁾

Systematisch erklärt sich die besondere Erwähnung des "Sonderpreises" in § 1 RabG daraus, daß der Gesetzgeber offenbar eine Vorstellung vom "Preisnachlaß" hatte, die die im "Sonderpreis" zum Ausdruck kommende "Preisdifferenzierung nach Kaufkraftschicht"⁵⁾ nicht mit umfaßte. Demgegenüber bedurfte der "Sondernachlaß" im Verbotstatbestand des § 1 RabG nach der Auffassung des Gesetzgebers keiner Erwähnung, weil er schon im allgemeinen Verbot der "Preisnachlässe" erfaßt wäre; der "Sondernachlaß" wird daher neben dem "Sonderpreis" nur im Ausnahmetatbestand des § 9 RabG erwähnt.⁶⁾

"Sonderpreis" und "Sondernachlaß" sind in ihrer Gemeinsamkeit

1) vgl. B-H, S. 1430 m.w. Nachw.

2) s.o., S. 6

3) es liegt nahe, auch hier eine Auswirkung nat.-soz. Gedankenguts ("Volksgemeinschaft") zu sehen

4) GBegr., in: M-E-W-G, S. 183/185; STRITZKE, a.a.O., S. 4/5; BGH, 26.5.1972, NJW 72, S. 1467 (Fahrschulrabatt) m.w. Nachw.

5) THEISEN, a.a.O., S. 84

6) deshalb kann auch ausgeschlossen werden, daß es nicht auf einem bloßen Versehen beruht, wenn der "Sondernachlaß" in § 1 RabG nicht erwähnt ist.

als in bestimmter Weise motivierte Preisvorteile als gegensätzliche Begriffe zu sehen. Dieser Gegensatz kann - wie eben dargelegt - nur darin gesehen werden, daß der "Sondernachlaß" lediglich eine mit bestimmter Begründung versehene Form des "Preisnachlasses" ist, während der "Sonderpreis" das Ergebnis einer Preisstellung ist, die nicht die besonderen Kriterien des "Preisnachlasses" erfüllt. Im Gegensatz von "Sonderpreis" und "Sondernachlaß" kommt daher das für die Anwendung des RabG entscheidende Problem der Abgrenzung von Preisermäßigung und Rabatt⁷⁾ zum Ausdruck. Lediglich als "Unterbietung eines Normalpreises" können "Sondernachlaß" und "Sonderpreis" nicht gegeneinander abgegrenzt werden, da auch der "Sonderpreis" sich als "Unterbietung eines Normalpreises" darstellt; im "Sonderpreis" wird der übliche, für die "anderen Kunden" geltende Preis unterboten.⁸⁾

Eine derartige Unterbietung liegt auch vor, wenn die "mit Zugehörigkeit zu bestimmten Verbraucherkreisen" motivierte Preisermäßigung in einem Einzelfall erfolgt; für eine Beschränkung des "Sonderpreis"-Begriffs auf allgemeine preispolitische Entscheidungen - womit der "Sondernachlaß" als Form des Einzelnachlasses erschiene - ergibt sich weder aus dem Wortlaut des Gesetzes ein Anhaltspunkt, noch ließe sie sich mit der Systematik des Verbotstatbestands in § 1 RabG vereinbaren.⁹⁾

Der "Preisnachlaß" ist nach allgemeiner Auffassung eine Erscheinungsform der Preisermäßigung.¹⁰⁾ Der Begriff erfaßt einen - weiter oder enger definierten -¹¹⁾ Ausschnitt des

7) s.o., S. 20ff

8) vgl. B-H, S. 1430/1431; in BGH, 18.4.1958, NJW 58, S. 1140 (Antibiotika) wird sogar für die Feststellung eines "Sonderpreises" - im Gegensatz zur ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung (!) - die Ankündigung eines Normalpreises erforderlich gehalten. Von dieser Auffassung ist der BGH in der "Fahrschulrabatt"-Entsch. (a.a.O.) abgerückt: die Feststellung des Sonderpreises sei "Rechtsfrage", was bedeutet, daß die in § 1 Abs. 2 RabG beschriebenen Voraussetzungen maßgeblich sein sollen.

9) Der "Preisnachlaß" ist nicht identisch mit dem "Einzelnachlaß"

10) s.o., S. 20

11) Vgl. ebenda

Tatbestands einer Preisermäßigung. Der "Sonderpreis" ist demgegenüber ein weiterer Begriff; unter den im Gesetz beschriebenen Voraussetzungen einer besonderen Motivierung soll jede Preisermäßigung als "Sonderpreis" verboten sein. Daraus folgt, daß der "Sonderpreis" den Begriff des "Sondernachlasses" mit umfaßt. Für den Fall einer "Preisdifferenzierung nach Kundengruppen" ist die Abgrenzung von Preisermäßigung und Preisnachlaß daher überflüssig. Die Erwähnung des "Sondernachlasses" in § 9 RabG hat nicht den Sinn, der Ausnahmenvorschrift einen besonderen Tatbestand einzuordnen; sie soll lediglich eine Klarstellung für die Praxis sein, daß es auf die Unterscheidung nicht ankäme und "Rabatte" sowie "Preisermäßigungen" unter den bestimmten Voraussetzungen gleichermaßen zulässig seien.¹²⁾

Es ist daher auch überflüssig, von einem "Verbot der Sonderpreise und S o n d e r n a c h l ä s s e" zu sprechen. Der Regelungsbereich der Preisdifferenzierung nach Kundengruppen gem. §§ 1 Abs. 2, 2. HS und 9 RabG wird als "Verbot der Sonderpreise" in vollem Umfang erfaßt.

2. Das Verbot der Sonderpreise in der Praxis

Die Rechtsprechung hat auch diesen Teil des RabG so weit als möglich ausgelegt. Danach wird die "Zugehörigkeit zu einem bestimmten Verbraucherkreis" z.B. schon durch die Inhaberschaft eines Gutscheins,¹³⁾ die Einsendung eines Titelblatts¹⁴⁾ oder sogar durch die zufällige Kundeneigenschaft selbst begründet,¹⁵⁾ wenn derartige Voraussetzungen für eine Preisermäßigung maßgeblich sein sollen. Die begünstigten Verbraucherkreise brauchen also keine rechtliche oder

12) Die ausnahmsweise Zulässigkeit wird begründet gem. § 9 Nr. 1, wenn die Ware in "beruflicher oder gewerblicher Tätigkeit verwertet" wird (vgl. dazu BGH, 3.7.1974, NJW 74, S. 1906 - Werbegeschenke an Gewerbetreibende), gem. § 9 Nr. 2 für Großverbraucher und gem. § 9 Nr. 3 für Angehörige des Unternehmens (im letzten Fall ist vor allem fraglich der Sonderpreis für Konzernangehörige, vgl. ULMER, Der Unternehmensbegriff im RabG, in: Festschr. für Wahl, Heidelberg 1973, S. 409); zu § 9 vgl. auch unten, S.

13) KG, 19.3.1935, JW 1935, S. 2387

14) BGH, 10.3.1971, GR 71, S. 516 (Brockhaus-Enzyklopädie)

15) OLG Düsseldorf, 2.6.1972, WRP 73, S. 527 (Preisnachlaß für Wagenwäsche an Kunden, die vorher tanken)

sein sollte, für eine Gleichbehandlung der Verbraucher zu sorgen;²¹⁾ sie betrifft nur die Differenzierung im Preis, nicht im Angebot, und sie betrifft nur den Vorzugspreis, nicht die Benachteiligung im Preis.

2. Kapitel: Beurteilung des Sonderpreisverbots

1. Der Sonderpreis als Einzelnachlaß

Der "Sonderpreis" ist als Einzelnachlaß, als eine in bestimmter Weise begründete (gem. § 1 Abs. 2, 2. HS) Preisermäßigung im Einzelfall, ohne jede Bedeutung.²²⁾ Dies ist leicht erklärlich: eine wegen "Zugehörigkeit zu einer bestimmten Verbrauchergruppe" gewährte Preisermäßigung wird nicht auf einen Einzelnen beschränkt bleiben, sondern wird allen Angehörigen der Gruppe zugute kommen. Dann aber liegt kein Einzelnachlaß, sondern eine generelle Preisdifferenzierung vor. Demgemäß ist der Sonderpreis als Einzelnachlaß wettbewerbspolitisch irrelevant.

2. Der Sonderpreis als Mittel der Werbung?

Beachtung verdient indes der Sonderpreis als Mittel bewußter Absatzgestaltung. Wie die Geschichte zeigt,²³⁾ kann bei einer bestimmten Handelsstruktur in besonderen wirtschaftlichen Situationen der Sonderpreis gesamtwirtschaftlich eine gewisse Bedeutung erlangen.

Die Bedeutung des Sonderpreises als Wettbewerbsmittel im Einzelhandel kann jedoch nur beschränkt sein. Zwar mag es unter Umständen für einen Unternehmer reizvoll sein, die Kaufkraft einer bestimmten Verbrauchergruppe durch eine Bevorzugung im Preis in erhöhtem Maße an sich zu ziehen, trotzdem wird er jedoch nur ausnahmsweise zur Verwendung kommen können. Zunächst stehen ihm als einem Mittel der Preispolitik dieselben Hemmnisse entgegen, die tendenziell auch gegen andere Formen preisaktiven Verhaltens wirken. Der Sonderpreis steht in Zielkonflikt mit dem Gewinn-

21) s.o., S. 75

22) vgl. B-H, S. 1429f, ein Sonderpreis im Einzelfall wird nicht erwähnt

23) s.o., S. 75

ziel der Unternehmung. Dann aber sind mit jedem Sonderpreis negative Wirkungen verbunden. Im regulären Einzelhandel wird sich ein Sonderpreis gegenüber den übrigen, nicht begünstigten Kunden schwerlich verheimlichen lassen. Diese werden in jedem Fall darauf hinwirken, ebenfalls in den Genuß der Vergünstigung zu kommen - womit sich ein neuer Allgemeinpreis auf niedrigerem Niveau ergäbe oder eine Verärgerung in Kauf zu nehmen wäre. Im übrigen ist der Sonderpreis tendenziell unvereinbar mit den Erfordernissen massenhaften Warenumschlages, da er bei jedem einzelnen Absatzakt eine Kontrolle der besonderen Berechtigung zum Vorzugspreis erforderlich macht. Von ungleich größerer Bedeutung als die Ungleichbehandlung durch den Sonderpreis ist daher die Ungleichbehandlung im Preis zu erachten, die sich aus den Zugangsbeschränkungen im Handel (vgl. Direktverkaufsfälle und C&C-Handel) ergeben.²⁴⁾

Eine "Ausuferung" der Sonderpreise wäre nach einer Aufhebung des RabG demnach nicht zu erwarten, weil einesteiis mit dem Sonderpreis absatzpolitisch erhebliche Nachteile verbunden sind und weil andererseits ein unkontrolliertes Ausgreifen der Sonderpreise in der gegebenen Handelsstruktur, die eine planvolle Absatzgestaltung ermöglicht,²⁵⁾ ausgeschlossen werden kann.

3. Unerwünschte Folgen des Sonderpreisverbots

Wenn - wie dargelegt - der Sonderpreis eine Möglichkeit der Preispolitik ist, ist er in einem marktwirtschaftlichen System prinzipiell als wirtschaftspolitisch schutzwürdig zu betrachten.²⁶⁾ Sein Verbot wirkt wettbewerbsbeschränkend, es bedarf deshalb schon einer Rechtfertigung. Die Rechtfertigung wird von den Befürwortern des RabG darin gesehen, daß das Sonderpreisverbot dazu bestimmt und geeignet sei, eine Gleichbehandlung des Verbrauchers im

24) aber auch durch Kaufscheinhandel, vgl. oben, S. 82f.

25) vgl. ÜLMER, a. a. O., S. 214 für den Einzelnachlaß; sein Argument trifft auf den Sonderpreis umso mehr zu, als der Sonderpreis ein Mittel planvoller Absatzgestaltung ist

26) s. o., S. 56 Fußn. 16; vgl. auch BGH-Antibiotika, a. a. O., S. 1140

Preis herbeizuführen. Gegen diese Argumentation wäre eigentlich schon die Frage zu erheben, ob sie ihre Grundlage nicht in wettbewerbsfremden Vorstellungen ("Volksgemeinschaft") hat und planwirtschaftliche Kategorien einführt. Dann wäre einzuwenden, daß in praktischen Ergebnissen diese Vorschrift keineswegs immer "ungerechtfertigte" Vorteile verhindert, sondern zu wettbewerbs- und sozialpolitischen Fehlleistungen führt. Würde das Sonderpreisverbot konsequent durchgeführt müßten z.B. verbilligte Zeitungsabonnements für Studenten, Verbilligungen für Soldaten, Schwerbeschädigte, Arbeitslose, Jugendliche, wie sie vor allem in verschiedenen Dienstleistungsunternehmen anzutreffen sind, untersagt werden.²⁷⁾ Die BGH-Entscheidung vom 26.5.1975²⁸⁾ war de lege lata unausweichlich, sinnvoll kann das erzielte Ergebnis - die Untersagung eines Sonderpreises für Studenten - unter keinem Aspekt genannt werden.²⁸⁾ Diese Entscheidung ist ein Beweis dafür, daß sich das Sonderpreisverbot in der Praxis negativ auswirkt. Das Verbot der Preisdifferenzierung nach Kundengruppen behindert in erster Linie die Preisdifferenzierung nach Kaufkraftschicht, damit zielt das Sonderpreisverbot unmittelbar gegen Preisvergünstigungen für kaufkraftschwächere Bevölkerungsschichten. Schon deshalb erscheint es verfehlt, das Sonderpreisverbot durch den Gedanken der Nicht-Diskriminierung zu rechtfertigen.

Diese Einwände gegen das Sonderpreisverbot sollen jedoch nicht weiter verfolgt werden. Die Forderung nach einer Beseitigung des Sonderpreisverbots ergibt sich nämlich schon deswegen, weil die Regelung für ihr angebliches Ziel, eine Gleichbehandlung des Verbrauchers (wenigstens) im Preis zu erreichen, in einem Maße unzureichend ist, daß das Sonderpreisverbot als willkürlich erscheint.²⁹⁾

27) der "Wettbewerbszweck" (§1 RabG) kann ausser in rein karitativen Fällen nicht ausgeschlossen werden, vgl. B-H, S.1440; TETZNER, a.a.O., S.31; BGH-Fahrschulrabatt, a.a.O.

28) BGH-Fahrschulrabatt, a.a.O.; die Abgrenzungsversuche zeigen indes deutlich das Dilemma des Sonderpreises - eine Preisermäßigung für Jugendliche am Nachmittag sei zulässig; warum nicht auch am Abend oder für Erwachsene am Nachmittag?

29) vgl. BVerfG, Beschl.v.11.4.67, GR 67, S.605; ULMER, a.a.O., S.214

4. Die Untauglichkeit des Sonderpreisverbots

Die Maxime der Gleichbehandlung des Letztverbrauchers würde bei ihrer Verwirklichung bedeuten, daß der Preiswettbewerb im Einzelhandel beseitigt werden müßte.³⁰⁾ Eine völlige Gleichbehandlung ließe sich nur erreichen, wenn eine Ware überall denselben Preis hätte, wenn also eine allgemeine Preisbindung eingeführt wäre. Schon in der Entscheidung vom 30.5.1958³¹⁾ hat der BGH expressis verbis festgestellt, daß eine allgemeine Preisbindung als Ziel des RabG nicht anerkannt werden könne. Der Gesetzgeber hat diese Ansicht durch die grundsätzliche Aufhebung der vertikalen Preisbindung³²⁾ bestätigt und konsequent in die Praxis umgesetzt. Die "Ungleichbehandlung des Verbrauchers im Preis" ist daher als notwendige Folge eines marktwirtschaftlichen Systems anerkannt und ist damit eine normale und alltägliche Erscheinung im wirtschaftlichen Geschehen. Außerdem wäre aus dem Gedanken der Gleichbehandlung vor allem zu fordern, daß jeder außergewöhnliche Vertriebsweg zu verbieten wäre; die Ungleichbehandlung des Verbrauchers ergibt sich in der Praxis heute vor allem aus der Konkurrenz verschiedener Absatzwege und Betriebsformen.

Seit der BGH-Entscheidung vom 30.5.1958 steht in ständiger und - insoweit - unangefochtener Rechtsprechung fest,³³⁾ daß gegen "außergewöhnliche Absatzwege" und eine "Durchbrechung des traditionellen Vertriebs" *à n s i c h*, d.h. im Hinblick auf § 1 UWG und § 1 RabG, nichts einzuwenden ist. Auch die gesamte Rechtsprechung zum Kaufscheinhandel³⁴⁾ zeigt, daß nur ganz bestimmte werbliche Verhaltensweisen im Direkthandel mißbilligt werden. Das zeigt aber auch,

30) das war auch das Ziel des nat.-soz. Gesetzgebers, der die Formel der "Gleichbehandlung" erstmals verwendete, s.o., S. 75

31) "Elektrogeräte", a.a.O., S. 1349

32) Gesetz v. 3.8.1973, a.a.O.

33) vgl. oben, S. 36ff

34) vgl. z.B. BGH, 28.2.1975, WRP 75, S. 299 (Kaufausweis III), m.w. Nachw.; OLG Frankfurt, Beschl. v. 10.4.1975, WRP 1975, S. 366 (Exklusivkarte)

daß die mit dem Direktverkauf verbundene Ungleichbehandlung des Verbrauchers nicht zu beanstanden ist.

Zwar hatte das Sonderpreisverbot in den ersten Entscheidungen zur Zulässigkeit von Einkaufsberechtigungen eine gewisse Bedeutung erlangt,³⁵⁾ wie die Rechtsprechung und die spätere Einführung des § 6b UWG³⁶⁾ aber zeigen, richteten sich die Einwände nicht gegen die mit dem Direktverkauf verbundene Vergünstigung, sondern nur gegen die Mißbrauchsmöglichkeiten einer gewerbsmäßigen Verbreitung von "Einkaufsberechtigungen".³⁷⁾ Dementsprechend hat der "Beziehungshandel" in der Nachkriegszeit auch wettbewerbsrechtlich unangefochten eine beachtliche Bedeutung erlangt.³⁸⁾

Der Vollständigkeit halber sei noch darauf verwiesen, daß sich auch aus dem RabG selbst, nämlich der Fassung des Ausnahmetatbestands des § 9 RabG, ergibt, daß das Bekenntnis des Gesetzgebers für eine Gleichbehandlung des Ver-
zumindest nicht konsequent verwirklicht wurde. Denn wirksam kontrollieren ließe sich die Einhaltung der Ausnahmetatbestände allenfalls mit polizeistaatlichen Mitteln. Da z.B. nicht verhindert werden kann, daß vor allem Gewerbetreibende Sonderpreise für ihren Privatbedarf in Anspruch nehmen,³⁹⁾ wirkt das Sonderpreisverbot selbst unmittelbar als Diskriminierung der Letztverbraucher, die für die Privilegierung durch § 9 RabG nicht in Frage kommen.

Das Sonderpreisverbot ist somit abzulehnen, weil seine Ziele und Wirkungen letztlich mit marktwirtschaftlichen Vorstellungen unvereinbar sind.

35) vgl. BGH, 10.6.1960, GR 60, S. 495 (WIR-Rabatt); BGH, 20.12.1967, GR 68, S. 266 (BSW II); B-H, S. 1448

36) Gesetz vom 26.6.1969 (BGBl. I, S. 633)

37) vgl. oben, Fußn. 34

38) vgl. SCHWERIN-v. KROSIGK, a.a.O., S. 135; THEISEN, a.a.O., S. 84; ULMER, a.a.O., S. 204, Fußn. 4

39) vgl. BGH, 15.1.1969, BB 69, S. 292 (Rabatt für branchenfremde Wiederverkäufer); BGH, 3.7.1974, WRP 74, S. 623 (Werbegeschenke), Kritik bei HÖRLE, Zur Anwendbarkeit des RabG im Werbegeschäft, WRP 1975, S. 578

IV. Abschnitt: Die Regelung der Rückvergütung

1. Kapitel: Die Rückvergütung im Einzelhandel, Wesen und Funktion

1. Entstehung

Angesichts der Erfolge der Warenhäuser und Konsumvereine zu Ende des vorigen Jahrhunderts "wuchs im Einzelhandel die Überzeugung, daß man eines ähnlichen Lockmittels (wie aktiver Preispolitik und genossenschaftlicher Warenrückvergütung, Erg.d.Verf.) bedürfe und daß dieses in der systematisierten Rabattgewährung (Hervorh. d.Verf.) an den Käufer zu finden sei."¹⁾

Die "systematisierte Rabattgewährung", deren bekannter Ausdruck die "Rabattmarke" ist, war inspiriert durch die "Dividendenverteilung" der (Marken-)Konsumvereine, die ihre kalkulatorischen Überschüsse am Ende des Jahres an ihre Mitglieder entsprechend ihren Umsätzen verteilten, wobei die Umsätze durch Sammelmarken bestätigt wurden.²⁾

Die "systematisierte Rabattgewährung" des Einzelhandels wurde - und wird auch heute noch - verschiedentlich in Form eines "Eigenrabatts" betrieben, wobei der gesamte organisatorisch-technische Aufwand vom Rabattgewährenden selbst getragen wird.³⁾ Eine ungleich größere Bedeutung gewann jedoch die "organisierte Rabattgabe". Der für die Rückvergütung erforderliche Aufwand wird dabei im wesentlichen unmittelbar von einer Organisation der rabattgewährenden Einzelhändler, dem "Rabattsparverein"⁴⁾, getragen; er sorgt vor allem für die "Rabatthefte" und die "Rabattmarken".

1) MÖHRING, a.a.O., S. 16ff; HIRSCH, Moderne Handel, a.a.O., S. 275ff

2) HIRSCH, a.a.O., S. 309; M-E-W-G, S. 97

3) M-E-W-G, S. 16f; TETZNER, RabG, a.a.O., S. 101; große Filialunternehmen des Lebensmitteleinzelhandels (TENGLMANN) geben eigene Rabattmarken heraus; Kleinbetriebe benutzen Kassenzettel oder selbst verfertigte Gutscheine

4) vgl. § 4 Abs. 2 RabG und §§ 1 f. DVO RabG; die Rabattsparvereine hatten sehr schnell eine hohe Bedeutung erlangt; sie waren "die ersten schlagkräftigen Organisationen, die der Einzelhandel zustande brachte", MÖHRING, a.a.O.

2. Die gesetzliche Regelung der Rückvergütung des Einzelhandels

Die organisatorisch-technische Seite der Rückvergütung des Einzelhandels ist vom Gesetzgeber in den § 4 RabG und der DVO zum RabG vom 21.2.1934 einer eingehenden Regelung unterworfen worden.

Nach der Systematik des RabG soll es sich bei der Rückvergütung um einen "Preisnachlaß" in Form eines "Barzahlungsnachlasses" handeln.⁵⁾ Die Rückvergütung wäre damit in ihrem Wesen als eine Preisermäßigung anzusehen, deren Besonderheit nur darin bestünde, daß "der Kunde ... erst zu einem späteren Zeitpunkt (nämlich bei Einlösung des Rabattheftes, Erg.d.Verf.) in den Genuß des Barzahlungsnachlasses kommt!"⁶⁾ Diese Auffassung des Gesetzgebers wird in der Literatur nicht in Frage gestellt.⁷⁾ Wenn - wie bei PEDRETTI ⁸⁾ - von einem Zugabe-Charakter der Rabattmarke die Rede ist, werden weitere Konsequenzen nicht gezogen.

3. Das Wesen der Rückvergütung des Einzelhandels

Wird die Rückvergütung lediglich als "Barzahlungsnachlaß" - eventuell mit gewisser Verwandtschaft zur Zugabe - gesehen, wird sie in ihrem Wesen und ihrer Bedeutung verkannt.⁹⁾ Zu welcher gezwungenen Konstruktion diese Auffassung führt, wird deutlich, wenn man, z.B., bei PEDRETTI liest: "Der Kunde zahlt bewußt mehr, um nachträglich in den Genuß der Preisermäßigung zu kommen."¹⁰⁾

Es sollte vielmehr klar sein, daß der gesetzlichen Einordnung der Rückvergütung in den "Barzahlungsnachlaß" - und damit in die Preisermäßigung - lediglich eine Fiktion

5) vgl. §§ 1 bis 4 RabG

6) M-E-W-G, a.a.O., S.93

7) vgl. GRÖGER, Das Rabattmarkensystem als betriebswirtschaftliches Einzelhandelsproblem, in: MA 1968, S.379; TETZNER, RabG, a.a.O., S.17; MÖHRING, a.a.O., S.7

8) PEDRETTI, Wettbewerb und Zugabewesen, Bern 1969, S.89

9) bis auf weiteres wird unter "Rückvergütung" nur das betr. Werbemittel des Einzelhandels verstanden, die genossenschaftliche Warenrückvergütung (§ 5 RabG) bleibt einstweilen (bis zum 3.Kapitel) unberücksichtigt.

10) a.a.O., S.89

zugrunde liegt, die durch die unreflektierte Übernahme eines populären Sprachgebrauchs entstanden ist, jedoch nicht zur Auskunft über das Wesen der Rückvergütung und damit auch ihrer wettbewerbspolitischen Bedeutung herangezogen werden kann. Dazu bedarf es der Erkenntnis ihrer wirtschaftlichen Aufgabe und der juristischen Analyse.

Bereits aus der Geschichte der Rückvergütung und den Grundzügen ihrer betriebswirtschaftlichen Konstruktion wird deutlich, daß die Rückvergütung des Einzelhandels als Wettbewerbsmittel im Konkurrenzkampf der Betriebsformen in Erscheinung trat¹¹⁾ und diesen Charakter auch später nicht veränderte.¹²⁾ Daß die Sparmarke anfänglich vielleicht auch dazu verwendet wurde, "die Kundschaft zur Barzahlung zu erziehen,"¹³⁾ sollte nicht darüber hinwegtäuschen, daß diese Funktion gegenüber derjenigen als Werbemittel zweitrangig war und mit dem Verschwinden des "Ansprechens"¹⁴⁾ gegenstandslos wurde.

Wird die Rückvergütung als "Preisnachlaß" aufgefaßt, wird sie auf eine Stufe gestellt mit dem Sonderangebot, dem Einzelnachlaß, dem Rabatt i.e.S. und dem Sonderpreis. Für diese Fälle ist es im Gegensatz zur Rückvergütung juristisch völlig unproblematisch, daß es sich dabei um "Preisermäßigungen" handelt. Diese Fälle betreffen unmittelbar die Höhe des vom Kunden zu entrichtenden Kaufpreises oder einer anderen Entgeltforderung.

Die Vergünstigung, die mit der Rückvergütung verbunden ist, läßt die Zahlungsverpflichtung unberührt; die Vergünstigung ergibt sich vielmehr aus einem selbständigen, von den Geschäften, aufgrund derer die Sparmarken oder Gutscheine gewährt wurden, losgelösten Anspruch.¹⁵⁾

11) s.o., S. 85

12) vgl. GRÖGER, a.a.O., S. 384; SPLETTSTÖBER, a.a.O., S. 20

13) v. HIRSCH, Moderne Handel, a.a.O., S. 276

14) vgl. MELLEROWICZ, Die Handelsspanne, Freiburg 1961, S. 171

15) das sieht auch die h.M., wenn sie die Rabattmarke als "unvollkommenes Inhaberpapier" erkennt, vgl. M-W-G, S. 94; TETZNER, RabG, a.a.O., S. 101;

Die juristische Selbständigkeit der Vergünstigung unterscheidet die Rückvergütung prinzipiell von der anderen Formen des "Preisnachlasses", die Preisermäßigungen sind.¹⁶⁾ Diesen gegenüber wirkt sich die Rückvergütung lediglich so aus, als habe der Kunde um eine bestimmte Summe weniger für die Käufe oder Leistungen eines Zeitabschnitts aufwenden müssen.

Diese theoretisch-rechnerische Darstellung kann für die Beurteilung der Rückvergütung nicht maßgeblich sein; auch die Zugabe ließe sich auf diese Weise letztlich als eine Art Preisermäßigung auffassen. Der Kunde zahlt nicht "bewußt mehr, um später in den Genuß der Rückvergütung zu gelangen,"¹⁷⁾ der Kunde wird auch nicht die Empfindung haben, daß ihm die Rückvergütung "zu einer Verbilligung der Ware verhelfen"¹⁸⁾ solle. Im allgemeinen wird der Kunde wissen, daß er trotz Rückvergütung verpflichtet ist, den vollen Preis zu bezahlen, und daß die Rückvergütung, die er erwarten kann, im Grunde in den Preis einkalkuliert ist.¹⁹⁾

Die systematische Einordnung der Rückvergütung wird vielmehr wesentlich dadurch geprägt, daß die Rückvergütung als selbständige Vergünstigung neben der Hauptleistung erscheint, ihren Grund aber im Hauptgeschäft hat. Damit erfüllt die Rückvergütung die Voraussetzung der akzessorischen Wertreklame.²⁰⁾

Für die systematische Einordnung der Rückvergütung in die (akzessorische) Wertreklame sprechen auch historische Gründe: Noch der Gesetzgeber der ZugVO hat die Rückvergütung als "Zugabe" gesehen.²¹⁾ Der innere Zusam-

16) vgl. auch M -W-G, die (auf S.110) das Kennzeichen des Rabatts zutreffend im "sofortigen Preisabzug" sehen, ohne daraus jedoch Konsequenzen - weder für den "Preisnachlaß" noch für die Rückvergütung zu ziehen.

17) vgl. PEDRETTI, a.a.O., S.89

18) GUTERSOHN-LISOWSKI, a.a.O., S.6

19) auf den Vorwurf des einkalkulierten (Pseudo-)Vorteils stützt sich das Argument, die Rückvergütung wirke irre-führend, s.u., S. 89

20) vgl. LEHMANN, a.a.O., S.16; ANGEHRN, Wertreklame, a.a.O., S.177; Verwandtschaft von Zugabe und Rückvergütung sehen z.B. auch GAMM, Die Grenzen der Wertreklame, WRP 1974, S.1/2, Fußn.10 und HOTH-GLOY, a.a.O., S.35

21) s.o., S.7

menhang von Rückvergütung und "Zugabe", wie er in §1 ZugVO zum Ausdruck kommt, scheint jedoch für das Rabattrecht in Vergessenheit geraten zu sein, weil der "Preisnachlaß" - dem die Rückvergütung subsumiert wurde - vorwiegend auf verschiedene Arten von Werbung mit dem Preisvorteil angewendet wurde.

Die begriffliche Trennung von Rückvergütung und Preisvorteil ist auch angesichts der praktischen Bedeutung und der werblichen Wirkung der Rückvergütung sachlich angemessen.

Der "Rabatt"-Gutschein erweckt die Aussicht auf eine künftige Vergünstigung;²²⁾ diese Erwartung ist von der Preisüberlegung weitgehend gelöst. Der Kunde wird stets erst die Preise vergleichen und dann abwägen, ob die Vergünstigung der Rabattmarke gewährt wird bzw. welche Bedeutung er der "Sparmarke" beilegen solle. Die Rückvergütung würde ihre werbliche Funktion verfehlen, wenn der Kunde dabei den Eindruck gewinnen sollte, er würde mit dem Kauf- oder Leistungsentgelt dem Unternehmer einen Darlehensbetrag zur Verfügung stellen.²³⁾

Die werbliche Eigenart der Rückvergütung wird wesentlich durch ihre Funktion bestimmt, das A n s a m m e l n eines nennenswerten Geldvorteils zu ermöglichen. Dies findet in der Sach-Wertreklame (Zugabe i.e.S.) die Entsprechung im Sammelgutschein.²⁴⁾ Mit dem Sammelgutschein wird nicht auf eine Geldsumme gespart, sondern unmittelbar auf eine Ware. In Deutschland ist der Sammelgutschein wegen §1Abs.2, lit.a, 2.Alt. ZugVO auf "geringwertige Kleinigkeiten" beschränkt ("Bilder-Punkte", etc.), in anderen Ländern - so

-
- 22) Darauf stützt sich der Einwand, die Rückvergütung lenke von der "eigentlichen Leistung" ab, vgl. PEDRETTI, a.a.O., S.73; OLG Hamburg, 1.3.1973, a.a.O.; B-H, S.1408; STRITZKE, a.a.O., S.4; GBegr., a.a.O., M-E-W-G, S.184; MÖHRING, a.a.O., S.7
- 23) Das eben wird vorausgesetzt, wenn Rückvergütung und Kaufpreis verquickt werden, vgl. S.87, Fußn.17/18
- 24) vgl. MEISTER, Wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Zugabewesens, Jur.Diss. Zürich 1954, S.50ff; B-H, S.1357ff

in den USA ²⁵⁾ - kann mit Sammelgutscheinen bis zu Pianos, Nerzmänteln und Automobilen gespart werden.

Es bestehen also zwischen dem Preisvorteil und der Rückvergütung, obwohl beide demselben Begriff des "Preisnachlasses" subsumiert werden, wesentliche Unterschiede, die ein unterschiedliches Verhältnis zum wettbewerblichen Leistungsprinzip zur Folge haben. Während das RabG, soweit es die Werbung mit dem Preisvorteil erfaßt, ²⁶⁾ in den Kernbereich des marktwirtschaftlichen Systems eingreift, da es die Freiheit der Preisgestaltung rechtlich und faktisch beschränkt, betrifft es als Regelung der Rückvergütung des Einzelhandels primär die Freiheit der Reklame. Insoweit steht sie aber in einem ambivalenten Verhältnis zum Leistungsprinzip, da Reklame tendenziell in Konflikt mit dem Leistungsgedanken steht - mit Werbung kann Leistung auch ersetzt werden. ²⁷⁾ Dies wäre für die Rückvergütung der Fall, wenn ein "übersteigerter Sparmarkenwettbewerb einsetzen würde, da er nur über den Preis finanziert werden könnte. ²⁸⁾

2. Kapitel: Die Argumente zur gesetzlichen Beschränkung der Rückvergütung des Einzelhandels

1. Irreführung

Die verbale Begründung der Rückvergütung als "Rabatt" ließ schon früh den Vorwurf entstehen, die "Rabattmarke" täusche den Verbraucher über die Günstigkeit des Angebots, weil sie in Wirklichkeit in den Preis einkalkuliert sei. ¹⁾ Das Argument bezieht sich mit gewisser Berechtigung ²⁾ auf die Diskrepanz zwischen dem Anspruch, der sich aus der Bezeichnung ergibt - die einen Preisvorteil in Aussicht stellt -

25) LECKSCHEIDT, Wertreklame in den USA, MA 1971, S. 345

26) als Verbot des Einzelnachlasses, des Sonderpreises, der "Sachlich nicht gerechtfertigten Preisdifferenzierung", s.o. und als Verbot der "Rabatt"-Ankündigung, s.u. Abschn. V

27) vgl. WÖHE, a.a.O., S. 177; LINDEMANN, a.a.O., S. 33; ANGEHRN, Wertreklame, a.a.O., S. 177

28) KISSELER, a.a.O., S. 131

1) vgl. MÖHRING, a.a.O., S. 7; B-H, S. 1408; KISSELER, a.a.O., S. 131

HOTH-GLOY, a.a.O., S. 292

2) s.o., S. 87

und dem Umstand, daß sie - entsprechend ihrem Wesen als Mittel der Wertreklame - als Kostenfaktor in die Kalkulation des Unternehmens einbezogen und somit - zumindest rechnerisch - die Ware verteuert.³⁾

Der Einwand der Irreführung ist trotzdem unberechtigt. Er ließe sich nur halten, wenn die Rückvergütung dem einzelnen Kunden tatsächlich nur einen Scheinvorteil brächte. Das ist jedoch nicht der Fall. Ob der Unternehmer Sparmarken ausgibt oder nicht, steht in seinem freien Ermessen. Da die mit der Sparmarke verbundene Vergünstigung einerseits vom Preis der Ware klar abgegrenzt ist und andererseits einen eindeutig definierten Geldvorteil erbringt, geht der Vorwurf der Irreführung fehl.

Eine wettbewerbsrechtlich relevante Fehlvorstellung wird auch nicht dadurch erweckt, daß die Rückvergütung gemeinhin als "Rabatt" dargestellt wird. Der Verbraucher ist mit der Einrichtung der Sparmarke vertraut, er erwartet keinen Vorteil, der ihm mit der Rückvergütung nicht gewährt würde.

Mit der Rückvergütung ist auch nicht die erhöhte Gefahr einer Irreführung verbunden, die ein präventives Verbot rechtfertigen könnte. Insoweit besteht ein wesentlicher Unterschied zur Sach-Wertreklame, bei der der Wert des Gegenstands für den Verbraucher nicht ohne weiteres erkennbar ist.⁴⁾ Gegen die Sach-Zugabe kann auch eingewendet werden, sie lenke von der (Haupt-)Leistung ab,⁵⁾ während die Rückvergütung eine Form der Wertreklame ist, mit der wegen der eindeutigen Bestimmtheit des Wertes der Zuwendung falsche Vorstellungen und übertriebene Erwartungen nicht verbunden werden können.⁵⁾

3) vgl. KISSELER, a.a.O., S. 131; GAUGLER, Die Rabattgewährung im Einzelhandel, München 1958, Vorwort; GRÖGER, a.a.O., S. 379

4) vgl. HOTH-GLOY, a.a.O., S. 39; B-H, S. 392; STERN, a.a.O., S. 32; ROSENTHAL, a.a.O., S. 168; für Vorspannartikel: OLG, München, 16.5.1974, WRP 74, S. 569; Erläuterungen zur NotVO (ZugVO), a.a.O., in: HOTH-GLOY, a.a.O., S. 434

5) Demgemäß können auch die mit "Markttransparenz" und "Preisklarheit" motivierten Einwände gegen das RabG (auch) nicht berechtigt gegen die Rückvergütung erhoben werden, vgl. z.B. BGHZ 27, 369/372 (Elektrogeräte); B-H, S. 1408

2. Übersteigerung

Der sachlich begründete Kern des Arguments der Irreführung liegt, was die Rückvergütung angeht, darin, daß sie als Mittel der Wertreklame einen Kostenfaktor darstellt. Damit ließe sich nun eine gesetzliche Beschränkung rechtfertigen, wenn ohne sie die Rückvergütung zu einer Belastung für die Beteiligten würde, die in einer Marktwirtschaft nicht hingenommen werden könnte.⁶⁾ Die Regelung der Rückvergütung ließe sich also rechtfertigen, wenn sie bezweckte, "unter Verhinderung von Auswüchsen vor einem übersteigerten Rabattwettbewerb zu schützen."⁷⁾

Dann müßte bei einer Aufhebung der rabattrechtlichen Beschränkungen überhaupt mit einer wesentlichen Steigerung der "Rabattgabe" in Form von Gutscheinen zu rechnen sein.

Dagegen spricht zunächst schon die offenkundige Tatsache, daß die Sparmarke - nach einer vorübergehenden "Renaissance" zwischen 1949 und 1956 -⁸⁾ seit Ende der sechziger Jahre ständig zurückging und heute nur mehr eine Randexistenz im Wettbewerb fristet.⁹⁾ Zwar kann diese Entwicklung allein noch nicht als zwingender Beweis dafür gelten, daß eine gesetzliche Beschränkung nunmehr überflüssig wäre; der Schrumpfungsprozeß könnte gerade wegen der gesetzlichen Beschränkung der Rückvergütung in Gang gekommen sein. Betrachtet man aber die weiteren Umstände, so fällt auf, daß diese Entwicklung zeitlich und quantitativ mit der strukturellen Wandlung des Einzelhandels einhergeht.¹⁰⁾

Es kann kein Zufall sein, daß der Schrumpfungsprozeß im Sparmarkenwesen mit der Verringerung der Kleinbetriebe im Lebensmittelhandel¹¹⁾ und der Verlagerung großer Umsatz-

6) vgl. für Zugabenbegrenzung: Nachw. bei Fußn. 4; für Begrenzung der Sonderverkäufe: TETZNER, Anordnung, a.a.O., S. 13; zur Preisunterbietung: FIKENTSCHER, Preisunterbietung, a.a.O., S. 50f

7) ULMER, E., Wandlungen und Aufgaben, a.a.O., GR 1937, S. 769/771 B-H, S. 1408 m.w. Nachw.; GBegr., in: M-E-W-G, S. 183; HOTH-GLOX, S. 292

8) M-E-W-G, S. 16; GAUGLER, a.a.O., S. 8; TETZNER, RabG, a.a.O., S. 17ff

9) GRÖGER, a.a.O., S. 384; (o.V.), Rabattmarke ade, Der Verbraucher-coop Rundschau-, 1973, S. 12; ähnlich auch in den USA, LECKSCHEIDT, a.a.O., S. 345

10) s.o., S. 15f

11) ebenda

anteile auf Verbrauchermärkte und SB-Warenhäuser¹²⁾ konform ging. Die Rabattmarke war schon immer ein bevorzugtes Werbemittel der kleineren Betriebe,¹³⁾ was sich auch dadurch zeigte, daß es ohne sichtbare Folgen blieb, als 1967 das BVerfG¹⁴⁾ das Verbot der "Barzahlungsnachlässe" für Warenhäuser und Kleinpreisgeschäfte, usw. (§ 6 RabG) für nichtig erklärte.¹⁵⁾ Die Rabattmarke mußte sich als Werbemittel dem Wettbewerb mit dem billigen Preis und dem Sonderangebot gegenüber als untauglich erweisen; der preisgünstige Einkauf erscheint dem Kunden attraktiver als die Sparmarke.¹⁶⁾

Auch wenn der gegenwärtige Preiswettbewerb von einer ruhigeren Phase abgelöst wird, braucht nicht mit einer erneuten Verbreitung der Rabattmarke gerechnet werden, da die Betriebsform des kleingewerblichen Handels, an die sie überwiegend gebunden war, ihre gesamtwirtschaftliche Bedeutung mehr und mehr verloren hat.

Es kann daher auch gesagt werden, daß eine Aufhebung des RabG die Verbreitung der Rückvergütung nicht wesentlich beeinflussen würde.¹⁶⁾

Wenn man trotzdem aus Vorsichtsgründen eine Regelung der Rückvergütung für erforderlich hielte, sollte diese - nach der dringend notwendigen Aufhebung des Verbots der "Preisnachlässe" im übrigen - durch Einbeziehung in das inhaltlich verwandte Recht der Zugabe erfolgen, die sich mit einer einfachen Änderung des § 1 Abs.2, lit.b bewerkstelligen ließe.¹⁷⁾

3. Kapitel: Die Regelung der genossenschaftlichen Warenrückvergütung (§§ 5 RabG, 11 DVO)

Die Gleichschaltung der Rückvergütung von Konsumvereinen mit der des Einzelhandels in § 5 RabG liegt im wesent-

12) ebenda

13) s.o., S.7/S.84

14) BVerfG, Beschl.v.11.4.1967, NJW 1967, S.1459

15) ULMER, a.a.O., S.214

16) vgl.z.B. (o.V.), Drogisten gegen Verbrauchermärkte, in: SZ vom 18.3.1975, S.14

17) so auch die Regelung in Frankreich (VO vom 7.4.1971, in: WuW 1974, S.117; ebenso die Regelung in Belgien und Norwegen, viele vergleichbare Länder kennen überhaupt keine Beschränkung für die Rückvergütung, vgl. HOTH-GLOY, a.a.O., S.298ff

lichen in der nat.-soz. Einzelhandelspolitik begründet.¹⁸⁾ Obwohl die Rückvergütung der Konsumvereine eine eigene Begründung in der mitgliedschaftsrechtlichen Konstruktion der Warenrückvergütung hat,¹⁹⁾ ist sie in ihrer praktischen werblichen Wirkung mit der Rückvergütung des Einzelhandels gleichzusetzen. Es besteht daher eine sachliche Notwendigkeit die Rückvergütung der Konsumvereine mit der des Einzelhandels zu koppeln, was aber auch bedeutet, daß dieselben Gründe, die für eine Freigabe der Rückvergütung sprechen, auch in Bezug auf § 5 RabG gelten.

Wie nicht anders zu erwarten, ist auch die Bedeutung der genossenschaftlichen Rückvergütung in den letzten Jahren geschwunden.²⁰⁾ Außerdem haben die Konsumgenossenschaften ihren einstigen Schrecken für den Facheinzelhandel längst verloren.²¹⁾ Auch bei einem kritischen Verhältnis zur genossenschaftlichen Idee erscheint die Regelung des § 5 RabG daher obsolet geworden.

Die Entscheidung des BGH vom 12.11.1974 hat verhindert,²²⁾ daß § 5 RabG in analoger Anwendung auf sonstige Gewinnausschüttungen ausgedehnt worden wäre. Damit scheidet auch eine Rechtfertigung des § 5 RabG durch eine Erweiterung auf neue Aufgabenbereiche aus.

18) Der Kampf gegen die Konsumvereine war ein Hauptthema der nat.-soz. Einzelhandelsagitation, vgl. HASSELMANN, a.a.O., S. 446ff

19) vgl. M-E-W-G, S. 111; BGH, 9.10.1963, GR 64, S. 146/150 (Rückvergütung); daher ist die Warenrückvergütung auch unstreitig niemals als "Preisnachlaß" behandelt worden

20) vgl. BGH, 12.11.1974, NJW 75, S. 215 (Buchbeteiligungszertifikate); diese Entwicklung hat jedoch schon vor dem Weltkrieg begonnen, die Warenrückvergütung überstieg schon damals im Durchschnitt kaum mehr als 3% des Umsatzes, vgl. HASSELMANN, a.a.O., S. 446

21) vgl. IFC-Mitteilungen, 1974, H. 23, S. 5 (Fortdauer der langjährigen relativen Stagnation der coop-Betriebe wird prognostiziert)

22) s.o., Fußn. 20

V. Abschnitt: Das Ankündigen von "Preisnachlässen"

1. Kapitel: Das Ankündigen als Tatbestandsmerkmal des § 1Abs.1 RabG

1. Die Verbotsalternative "ankündigen oder gewähren"

§ 1Abs.1 RabG betrifft in seiner ersten Alternative, dem Verbot, "Preisnachlässe(Rabatte)" anzukündigen, unmittelbar die Zulässigkeit einer werblichen Aussage.¹⁾ Zu fragen ist hier also nicht, welche Vergünstigung der Unternehmer einräumen - "gewähren" - will, Gegenstand der Untersuchung ist ausschließlich die Äußerung des Unternehmers über sein Angebot.²⁾

2. Die "Rabatt-Ankündigung" als allgemeine werbliche Aussage

Nach der wohl h.M. erfaßt § 1Abs.1RabG nicht das individuelle Anbieten eines "Rabatts," also Erklärungen, die im Verkaufsgespräch abgegeben werden.³⁾ Das Rabattverbot soll in diesen Fällen nur dann gelten, wenn der Unternehmer "nicht nur damit rechnen muß, sondern damit rechnet, daß der Kunde seine Angebote weiterverbreitet."⁴⁾ § 1Abs.1 RabG soll also im allgemeinen eine Beschränkung für die "an jedermann"gerichtete, allgemeine Werbeaussage darstellen, wie sie typischerweise in Preisauszeichnungen, Schaufensterplakaten, Zeitungsanzeigen oder sonstigen Werbemittel in Erscheinung tritt. Das Anbieten eines Einzelnachlasses soll dagegen nur dann erfaßt werden, wenn zu beweisen ist, daß es Bestandteil eines verdeckten, planmäßigen Verhaltens ist. Soweit damit Beeinträchtigungen des Leistungs-

-
- 1) vgl.oben, S.34/45; zum Begriff der Werbung, BURMANN, Das Werberecht der Wirtschaft, 2. Band, Berlin 1955, S. 181
 - 2) diese Alternative wird oft nicht gesehen oder jedenfalls nicht deutlich genug zum Ausdruck gebracht - wenn es um die Zulässigkeit der Gewährung eines Vorteils geht, wird die Frage der (Normal-)Preisankündigung an die erste Stelle gerückt, vgl. S. 36ff, oder umgekehrt wird die Frage des Preisvorteils in den Vordergrund gerückt, während es in Wirklichkeit um die Ankündigung geht, vgl. BGH, 24.2.1959, GR 59, S. 329 (Teilzahlungskauf); Leitsatz in OLG Stuttgart, 31.5.1974, WRP 75, S. 150 (Möbelcenter)
 - 3) vgl. BGH, 18.1.1967, LM Nr. 16 zu § 1 RabG, Bl. 838; OLG Hamburg, 1.3.1973, WRP 73, S. 425 (Gotland-Mantel); TETZNER, RabG, a.a.O., S. 28
 - 4) vgl. Nachw. bei Fußn. 3, a.M. B-H, S. 1443; HOTH-GLOY, a.a.O., S. 325

wettbewerbs bekämpft werden sollten, könnte dies - wie bereits ausgeführt ⁵⁾ besser mit § 3 UWG geschehen. Dieser Abschnitt kann sich daher im folgenden ausschließlich mit dem Hauptproblem der Ankündigungsregelung, der Beschränkung der allgemeinen werblichen Aussage befassen.

3. Die Tendenzen in der Auslegung der "Rabatt"-Ankündigung
Auszugehen ist auch für die erste Verbotsalternative des § 1 Abs. 1 RabG von der Auffassung der Rechtsprechung, ⁶⁾ daß in § 1 Abs. 2 RabG eine Legaldefinition des "Preisnachlasses" und "Rabatts" enthalten sei, womit an die Stelle dieser bestimmten oder zumindest bestimmbaren Begriffe der inhaltslose, beliebig ausfüllungsfähige Begriff des "Nachlasses von einem Preis" trat. Auch die rabattrechtliche Zulässigkeit einer Ankündigung beurteilt die Rechtsprechung danach, ob der Unternehmer aus der Sicht des Verbrauchers den Eindruck erweckte, ⁷⁾ er wolle einen "Nachlaß" gewähren. ⁸⁾

Nachdem eine bestimmte Vorstellung vom Gegenstand eines "Nachlasses" nicht entstehen konnte, ⁹⁾ orientiert sich die Rechtsprechung immer noch an der vom RG ¹⁰⁾ verwendeten Formel. "Für die Frage, ob für eine Preisankündigung das RabG anzuwenden ist, ist ... entscheidend, daß nach dem Inhalt der Ankündigung von einem an sich höheren Preis des ankündigenden Unternehmers, den dieser als solchen beibehält, nach unten abgewichen wird;" ¹¹⁾ "Das Gesetz versteht unter einem Rabatt ... eine preisliche Vergünstigung gegenüber einem von dem Unternehmen für die betreffende Ware an sich geforderten höheren Normalpreis." ¹²⁾

Mit dieser Auslegung des Verbots der Ankündigung verzichtete die Rechtsprechung auf eine klare Abgrenzung des

5) s.O., S. 62ff

6) vgl. o., S. 30ff

7) BGH, 3.3.1961, LM Nr. 7 zu § 1 RabG=GR 61, 367/369 (Schlepper);

8) BGH, 16.2.1966, NJW 66, S. 975 (Jubiläum); B-H, S. 142 f m.w.Nachw. vgl. Nachw., in Fußn. 7

9) was ursprünglich wohl auch bezweckt war, vgl. o., S. 29ff

10) RGZ 150, S. 272/275, Urt. v. 14.2.1936

11) BGH, 10.6.1964, NJW 64, S. 2247/2252 (20% unter empf. Richtpreis);

12) BGH-Schlepper, a.a.O.; vgl. auch BGH-Jubiläum, a.a.O.

rabattrechtlichen Ankündigungsverbots anhand bestimmter Rechtsbegriffe. Der eigentliche Gegenstand des RabG, der Rabatt, wird in den unbestimmten Begriff "Nachlaß von einem Preis" aufgelöst¹²⁾ und die Auslegungsmaxime, daß es auf "die Sicht des Verbrauchers" ankäme, erfordert und erlaubt die Abwägung aller Umstände des Einzelfalls.¹³⁾ Dazu kommt, daß angesichts der grundsätzlichen Freigabe von Werbung mit dem Preisvorteil und ihrer Darstellung¹⁴⁾ die rabattrechtliche Beschränkung unverständlich erscheinen muß.¹⁵⁾ Schließlich wird die Unsicherheit der Auslegung noch dadurch gefördert, daß über die Alternativität des Verbotstatbestands keine Klarheit besteht,¹⁶⁾ was zur Folge hat, daß sich keine gesicherte Erkenntnis der für die jeweilige Alternative angemessenen Auslegungsmethode bilden konnte. Wenn mit dem Argument der "Preisspaltung" durch "sachlich gerechtfertigte Angebotsdifferenzierung"¹⁷⁾ gleichermaßen die Zulässigkeit einer Preissenkung und die Zulässigkeit einer Aussage über eine Preissenkung begründet werden soll, ist ein Konflikt mit der gleichfalls anerkannten Auslegungsmaxime unausweichlich, wonach es auf "die Sicht des Verbrauchers" ankäme. Es wird verkannt, daß bei einer rabattrechtlichen Beurteilung einer Aussage die Begleitumstände nur im Reflex, über den Eindruck auf den Verbraucher, relevant werden können.¹⁸⁾

Wegen der Ungenauigkeit der Auslegungsmethoden für § 1 RabG werden die Ergebnisse in der Praxis entscheidend durch die Einstellung zum Sinn und Zweck des Verbots bestimmt.

In den sechziger Jahren begann man die Erkenntnis ernster zu nehmen, daß das RabG "nicht jede Werbung mit dem günstigen Preis..." erfassen wolle.¹⁹⁾ Man realisierte nun,

12) s.o., S. 29ff

13) vgl. BGH-Jubiläum, a.a.O. und unten S.

14) s.o., S. 46ff und unten S.

15) vgl. auch HEFERMEHL, a.a.O., GR 67, S. 608

16) s.o., S. 94 und als Beispiel B-H, S. 1422/1443

17) B-H, S. 1431; das Argument ist in sich schon unzutreffend: rabattrechtlich maßgeblich ist nicht die A n g e b o t s-differenzierung, sondern lediglich die Rechtfertigung der P r e i s differenzierung

18) vgl. BGH-Jubiläum und BGH-Schlepper, a.a.O.

19) ebenda und BGH, 12. 11. 74, NW 75, S. 215 (Buchbeteiligungszertifikate)

daß"der Sinn des Rabattgesetzes nicht darin liegt, Preissenkungen dadurch hintanzuhalten, daß sie nicht deutlich genug als solche herausgestellt werden dürfen.²⁰⁾

Der Sinn des RabG sollte nun darin gesehen werden, "Mißbräuchen" entgegenzuwirken, die aus der "starken Werbekraft von Preisnachlässen" ergeben könnten und "den Preisnachlaß als Mittel des Wettbewerbs auf ein angemessenes Maß zu beschränken".²¹⁾ Diese Beschränkungen sollten von den Zielen der Preisklarheit und Markttransparenz²²⁾ und dem Schutz des Verbrauchers bestimmt sein.²³⁾ Damit wurde dem RabG auch im Bereich des Ankündigungsverbots die Aufgabe zugewiesen, die allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Mißbrauchstatbestände (§§ 1,3 UWG) durch präventive Beschränkungen zu ergänzen.

4. Nicht-vergleichende und vergleichende Preiswerbung

Bevor im folgenden die Ergebnisse dargestellt werden, die aufgrund dieser dogmatischen Betrachtungsweise erzielt werden können, bedarf es noch einer Unterscheidung.

Letzten Endes zielt jede werbliche Anpreisung darauf ab, die eigene Leistung gegenüber derjenigen der Konkurrenz vorzugswürdig erscheinen zu lassen. Der vergleichenden Werbung aber²⁴⁾ - und bislang auch der vergleichenden Preiswerbung - ²⁵⁾ hat die Rechtsprechung enge Grenzen gezogen. Die grundsätzlich negative Einstellung zum Vergleich in der Werbung hat sich daher auch in rabattrechtlichen Entscheidungen bemerkbar gemacht. Dieser besondere Aspekt in der Beurteilung mancher werblichen Aussage soll zunächst zurückgestellt und erst im übernächsten Kapitel untersucht werden.

20) OLG München, 23.1.1969, NJW 69, S. 1258

21) BGH-Schlepper, a.a.O.; B-H, S. 1408 m.w.Nachw.; zur angeblichen "starken Werbekraft der Preisnachlässe, vgl. auch BORCK, "Besteht Anlaß...", a.a.O., WRP 1974, S. 532; DÖRINKEL, a.a.O., S. 7; BUSSMANN-DROSTE, a.a.O., S. 106

22) WETTBEWERBSZENTRALE, a.a.O., WRP 1974, S. 138; BGHZ 27, 369/372 (Elektrogeräte)

23) ULMER, a.a.O., S. 204; B-H, S. 1408

24) B-H, S. 543ff m.w.Nachw.

25) B-H, S. 544; REIMER-GAMM, a.a.O., S. 195; nach WIESCHE, Die neue Rechtsprechung des BGH auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts, NJW 1970, S. 1345/1346, stellt "die Entscheidung des BGH vom 23.2.1968, NJW 68, S. 746 (40% können Sie sparen) völlig neue Grundsätze zum Preisvergleich auf."

2. Kapitel: Die allgemeine Problematik der Werbe- ankündigung hinsichtlich § 1 Abs. 1 RabG

1. Die Anwendung des Ankündigungsverbots für "Preis- nachlässe"

Allgemeine Anpreisungen eines "günstigen Preises" sind rabattrechtlich grundsätzlich unbeachtlich, auch wenn sie in ihrem Inhalt sensationsheischend wirken oder wirken wollen. Bloße "schlagwortartige Preisbezeichnungen"¹⁾ und Ankündigungen, die lediglich den Vorteil einer Preisstellung deutlich machen,²⁾ werden rabattrechtlich nicht erfaßt, da die h.M. die "Normalpreis-Formel" des RG auch für das Ankündigungsverbot verwendet³⁾ und in den genannten Fällen eine hinreichend konkrete Bezugnahme auf einen geltenden Normalpreis nicht gesehen wird.

Geklärt ist auch, daß das RabG bei "Preisgegenüberstellungen" in denen ein geltender Preis neben einem nicht (mehr) geltenden Preis genannt wird, nicht angewendet wird, wenn der höhere Preis eindeutig (Durchstreichen) als überholt bzw. als nicht verbindlich gekennzeichnet wird.⁴⁾

Diese Einschränkungen reduzieren das Verbot der Ankündigung gem. § 1 RabG in der Tat auf einige wenige Tatbestände. Zunächst wird das RabG angewendet, wenn Abzüge von einem Preis oder - wörtlich - "Rabatte" angekündigt werden.⁵⁾ Für diese Rabattwerbung i.e.S. kommt eine ausnahmsweise Zulässigkeit nur in Betracht, wenn besondere Umstände im Geschäfts-

-
- 1) vgl. ULMER-REIMER, a.a.O., S. 431ff; z.B.: "...günstig...nur...", in: BGH, 14. 12. 1973, NJW 1974, S. 461 (Campagne); vgl. die gesamte Rspr. zum Lockvogel (Sonderangebot), s.o., S. 46, und zur Werbung mit der Betriebsform ("Discount-, Herstellerpreise"), s.o., S. 42ff und BGH, 13. 11. 70, aa.O. (Discount-Geschäft); vgl. auch "3 Wochen reisen, 2 Wochen zahlen", BGH, 24. 10. 75, WRP 1976, S. 42.
 - 2) z.B.: "jetzt zum halben Preis" oder: "Sie sparen eine Handels-spanne", vgl. OLG Hamburg, 25. 11. 1971; LG Marburg, 12. 12. 1973, WRP 74, S. 118; RG, 28. 3. 1933, MuW 33, S. 289.
 - 3) s.o., S. 95.
 - 4) vgl. BGH, 5. 1. 1966, NJW 66, S. 977 (Richtpreiswerbung I); BGH, 28. 6. 1974, NJW 74, S. 1822 (unrichtige Preisgegenüberstellung); B-H, S. 1428 m.w.Nachw. (im Gegensatz zur 6. Aufl. und zur früheren h.M., vgl. HECHT-KÜMPFEL, a.a.O., S. 64 m.w.Nachw.), zur Prüglist in Abschlussschlussverkäufen, BGH, 14. 11. 1975, WRP 76, S. 104.
 - 5) vgl. LG Hamburg, 25. 6. 1975, WRP 76, S. 104; BGH-Schlepper, a.a.O.; LG Hanau, WRP 1972, S. 104; LG Hamburg, Beschl. v. 6. 2. 74, WRP 74, S. 432; B-H, S. 1424/1427 m.w.Nachw.

ablauf oder "sachliche Gründe" vorliegen.⁶⁾ Dies wird von der h.M. damit begründet, daß "die Ankündigung von Rabatten unter Wahl dieses Wortes...angesichts der landläufigen Bedeutung ...der Vorstellung entgegenwirken (könnte), daß hier eine Preissenkung vorliegt und zudem dahin verstanden werden (könnte), daß ein Nachlaß auf die ...an sich schon herabgesetzten Preise eingeräumt werde."⁷⁾

Ebenso wird die Anwendung des RabG begründet, wenn in der Preiswerbung Prozentangaben enthalten sind: "Im normalen Geschäftsverkehr kann vielfach schon die Hervorhebung eines Hundertsatzes den Anschein eines Preisnachlasses i.S.d. RabG hervorrufen, sofern nicht die gewählte Bezugsgröße eindeutig erkennen läßt, daß es sich bei ihr nicht um denderzeit gültigen allgemein geforderten oder angekündigten Normalpreis des Unternehmers handelt. Demgegenüber wird bei der Preisankündigung anläßlich einer erlaubten Sonderveranstaltung umgekehrt (die Angabe eines Hundertsatzes) zulässig sein, sofern nicht durch hinzutretende Umstände - etwa die Wahl des Wortes Rabatt - der Eindruck erweckt wird, daß in Höhe dieses Hundertsatzes von einem auch während der Veranstaltung gültigen Normalpreis abgewichen wird."⁸⁾

Für eine Anwendung des RabG auf eine werbliche Aussage ist es demnach zunächst unbedingt erforderlich, daß die Ankündigung Preisabzüge in Aussicht stellt ("160 minus ..."), das Wort "Rabatt" oder "Preisnachlaß" verwendet ("Höchst-rabatte", o.ä.) oder zumindest Prozentangaben enthält. Jede andere werbliche Aussage über den Preis wird rabattrechtlich in der Rechtsprechung nicht beanstandet. Sind aber die "formalen" Voraussetzungen für eine Anwendung des RabG gegeben, bedarf es einer eingehenden Abwägung aller Umstände, bevor die Entscheidung gefällt werden kann.⁹⁾

6) vgl. TETZNER, RabG, Anm. 102; OLG Hamburg, 11.7.1974, WRP 74, S. 500; LG Hamburg, Beschl. v. 6.2.1974, WRP 74, S. 432; BGH-Schlepper, a.a.O.; B-H, S. 1423/1424 m.w.Nachw.

7) BGH-Jubiläum, a.a.O.

8) ebenda

9) eine spezielle Problematik ergibt sich, wenn die Prozentangabe auf den "regulären Preis" (o.ä.) oder auf Herstellerpreise ("x% unter Listen-, Richt-, Herstellerpreis", o.ä.) Bezug nimmt, s. unten, S. 101

Einem Unternehmer wäre grundsätzlich abzuraten, in seiner Werbung Prozentangaben oder die Worte "Rabatt" oder "Preisnachlaß" zu verwenden, "weil dies als Rabattverstoß angesehen werden kann!"¹⁰⁾

2. Die Beurteilung des Ankündigungsverbots für "Preisnachlässe"

In einer norddeutschen Tageszeitung erschien vor einiger Zeit folgendes Inserat:

"In unserer letzten Anzeige hatten wir annonciert: Tapetenrestposten - 50% billiger! Irgendeinem Kollegen hat dies nicht gefallen und hat Anzeige wegen Verstoßes gegen das Rabattgesetz erstattet. Um solche Unstimmigkeiten künftig zu vermeiden, verkaufen wir ab sofort unsere Tapetenrestposten nicht mehr 50 % billiger, sondern jetzt zum halben Preis."

Diesem Beispiel läßt sich zunächst entnehmen, daß der Wirkungsbereich des RabG über den von der Rechtsprechung bestimmten Anwendungsbereich hinausgeht. In der wettbewerbspolitischen Beurteilung des RabG muß auch berücksichtigt werden, daß vom RabG - unbeabsichtigt - wettbewerbsbeschränkende Nebenwirkungen ausgehen.

Vor allem aber zeigt das Beispiel, wie wirkungslos das RabG als Regelung der werblichen Ankündigung ist. Jede Werbung mit "Lockvögeln", Scheinrabatten oder irreführenden Sonderverkäufen¹¹⁾ bleibt rabattrechtlich unbeanstandet, solange nicht die angeblichen Preisvorteile prozentual oder als "Rabatt" herausgestellt werden. Überdies ist - nach BGH-Jubiläum¹²⁾ - gerade bei den gefährlichen Sonderverkäufen das RabG grundsätzlich nicht anwendbar, weil das Publikum hier Preisvorteile erwarte.¹³⁾ Die (rabattrechtlich unbedenkliche) Preisgegenüberstellung ist keineswegs "ungefährli-

10) (o.V.) WETTBEWERBSZENTRALE, a.a.O., WRP 1974, S. 363

11) zur neuerdings wieder beachtlichen Aktivität mit "Sonderverkäufen", vgl. (o.V.), "Der Teppichhandel unter der Lupe", SZ 1976, Nr. 47 vom 26.2., S. 40; vgl. auch: WETTBEWERBSZENTRALE, a.a.O., WRP 1974, S. 363; BORCK, Besteht Anlaß..., a.a.O., WRP 74, S. 533; B-H, S. 878; KRAFT, a.a.O., WRP 75, S. 83;

12) a.a.O.

13) s.o., S. 99

cher" als eine Ausdrucksweise in Prozenten oder Rabatten.

"Gerade bei ...Preisgegenüberstellungen ist indessen die Versuchung für unseriöse Kaufleute groß, die gebotenen Vergünstigungen besser darzustellen, als sie wirklich sind."¹⁴⁾

Das Verbot, "Preisnachlässe" anzukündigen würde erst dann wieder wettbewerbspolitisch relevant werden, wenn der "Preisnachlaß" wieder materiell, im Sinn des Preisvorteils, interpretiert würde. Eine derartige Auslegung würde aber nicht nur den gesamten Preiswettbewerb unerträglich beschränken,¹⁵⁾ sie wäre auch angesichts der allgemeinen Vorschriften des Wettbewerbsrechts überflüssig. Wenn mißbräuchliche Praktiken im Wettbewerb zuweilen gehäuft auftreten, ist das nicht auf die Schwäche der §§ 1, 3, 4 ff.UWG, sondern auf ihre unzulängliche Überwachung und Durchsetzung zurückzuführen.¹⁶⁾

Außerdem ist nicht einzusehen, weshalb es verboten sein solle, "Rabatte" oder "Nachlässe" anzukündigen, wenn wirtschaftlich gesehen tatsächlich besondere, unübliche Preisvorteile gewährt werden. Wird der außergewöhnlichen Preisgestaltung im Rahmen einer Werbewoche, eines Einführungsangebots oder zum Ausgleich eines ideellen oder sachlichen Mangels (Beschädigung, "Auslaufmodell") als "Preisnachlaß" - und nicht durch Preisgegenüberstellung - Ausdruck gegeben, ist damit keineswegs eine unsachliche oder irreführende Beeinflussung des Verbrauchers verbunden. Die Vorbehalte, die z.B. in BGH-Jubiläum gegen die Worte "Rabatt" oder "Nachlaß" geäußert werden,¹⁷⁾ sind unbegründet. Zum einen wird nicht ohne weiteres beim Verbraucher allein durch "die Wahl des Wortes Rabatt ...der Eindruck erweckt, daß ...von einem ...gültigen Normalpreis abgewichen wird", zum anderen könnte ein solcher Irrtum über die Verfahrensweise des Händlers den Kaufentschluß auch gar nicht beeinflussen: den

14) WETTBEWERBSZENTRALE, a.a.O., WRP 1974, S. 363

15) s.O., S. 44ff; Bericht des Rechtsausschusses des BT, a.a.O., GR 1969, S. 338; BORCK, Besteht Anlaß..., a.a.O., WRP 74, S. 532

16) vgl. BORCK, ebenda, S. 533; (o.V.), In Krisenzeiten verwildern gute Sitten, SZ Nr. 255 vom 6.11.1975, S. 25; KRAFT, a.a.O., WRP 1975, S. 83; neuerdings von zunehmender Bedeutung ist auch die (sehr umstrittene, vgl. o., S. 47Fußn. 16) AO vom 4.7.1935, vgl. SCHULZE-zur WIESCHE, Neue Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht, NJW 1974, S. 2110 m.w.Nachw.

17) s.O., S. 99

Verbraucher interessiert nur der ("materielle") Preisvorteil. Zwar ist dem BGH und anderen Befürwortern der rabattrechtlichen Regelungen ¹⁸⁾ darin zuzustimmen, daß eine Werbung mit dem Preisvorteil nicht notwendig der "Preisklarheit" und "Markttransparenz" förderlich sein muß. Eine Werbeaussage wie "x% unter regulärem Preis" oder "10% Rabatt" ist diesen Zielen jedoch nicht prinzipiell abträglicher als Behauptungen wie "Sonderpreis" oder "Sie sparen x DM" oder "statt - jetzt...". Den möglichen Gefährdungen der "Preisklarheit" und der "Markttransparenz", die mit der Preisvorteilswerbung verbunden sind, könnte nur dadurch wirksam begegnet werden, daß in das Preisangabenrecht eine Verpflichtung zur Angabe des Endpreises für jede Werbung mit dem Preisvorteil aufgenommen würde.¹⁹⁾

Da außerdem die Preisgegenüberstellung die wirksamste Ausdrucksform für das Sonderangebot und die Sonderveranstaltung ist, würde sich eine Aufhebung des RabG und die Zulassung der "Rabatt"-Ankündigung auch kaum in einer nennenswerten Zunahme der "Rabatt"-Werbung bemerkbar machen.²⁰⁾

Eine gewisse Bedeutung könnte die allgemeine Freigabe der "Rabatt"-Ankündigung dagegen für die vergleichende Werbung mit dem Preis erlangen.

3. Kapitel: Das Verbot der "Rabatt"-Ankündigung und die vergleichende Preiswerbung

1. Vergleichende Preiswerbung

Durch eine entsprechende Gestaltung der werblichen Aussage kann der Unternehmer sehr deutlich seine Preisvorteile herausstellen, ohne auf bestimmte Mitbewerber gezielt Bezug zu nehmen und damit die Grenzen des § 1 UWG zu verletzen.¹⁾

18) vgl. BGH-Schlepper und "Jubiläum", a.a.O.; KISSELER, a.a.O., WRP 1975, S. 129; WINTER, Der Kaufschein - eine Erwiderung, NJW 1965, S. 237.

19) Nach § 2 PreisangVO muß die zum Verkauf ausgelegte Ware mit dem richtigen Preis (gem. § 1) ausgezeichnet werden; § 1 Abs. 1 S. 1 verpflichtet nicht zur Preisangabe, sondern schreibt den Inhalt einer Preisangabe vor. Für den Handel besteht eine Verpflichtung zur Angabe des Endpreises daher nur im Rahmen des § 2.

20) das Argument, das RabG verhindere "unerwünschte", weil zur Übersteigerung tendierende Werbung (B-H, S. 1408; ULMER, E. GR 1937, S. 769/771) erweist sich damit auch für die "Rabatt"-Ankündigung als nicht schlüssig.

1) vgl. o., S. 97, Fußn. 25

Dies kann er - von der rechtlichen Zulässigkeit abgesehen - z.B. durch die Betonung der eigenen Kalkulationsbedingungen ("aus Konkursmasse", "Verkaufslagerpreise", "Ausverkaufspreis", "Discountpreis", u.s.w.) erreichen.

Er kann die Vorteile seiner Preisgestaltung aber auch unmittelbar aussprechen, z.B. "Sie sparen eine Handelsspanne",²⁾ "40% können Sie sparen",³⁾ "x% unter regulärem Preis".⁴⁾

Vor allem aber bietet sich für einen (indirekten) Preisvergleich der vom Hersteller empfohlene Preis an: "x% unter Listenpreis",⁵⁾ "x% unter der unverbindlichen Preisempfehlung".⁶⁾

2. Der Anwendungsbereich des RabG bei vergleichender Preiswerbung

Für die vergleichende Preiswerbung ergeben sich zunächst die allgemeinen werberechtlichen Beschränkungen.⁷⁾ Danach dürfen die behaupteten Preisvorteile nicht vorgetäuscht sein und die Aussage darf nicht in ihrer Unbestimmtheit irreführend wirken;⁸⁾ der Vergleich darf nur indirekt vorgenommen werden.⁹⁾

I.d.R. wird es in der vergleichenden Preiswerbung an einem rabattrechtlichen Ansatz fehlen. Entsprechend den Ausführungen in Kapitel 2 kommt das RabG nur in Betracht, wenn die Werbeaussage ausdrücklich "Rabatte" (o.ä.) verspricht oder wenn der Preisvorteil in Prozentform erscheint. Außerdem ist nach der Entscheidung des BGH vom 10.6.1964¹⁰⁾ davon auszugehen, daß die Aussage "x% unter der unverbindlichen Preisempfehlung" rabattrechtlich zulässig ist. Dem Verbraucher sei bekannt daß die "unverbindliche Preisempfehlung" (damals: "der empfohlene Richtpreis") vom Hersteller stamme und nicht als

2) vgl. Nachw. S.42, Fußn.10

3) BGH, 23.2.1968, GR 68, S.433 (m. Anm. Knopp)

4) BGH, 3.4.1970, BB 70, S.725; vgl. auch: LG Marburg, 12.12.1973, WRP 74, S.114/118; WETTBEWERBSZENTRALE, WRP 1972, S.554 zu: "Das ist ja genau der halbe Preis wie bei der Konkurrenz"

5) Gutachterausschuß, Listenpreis und angekündigter Preis, BB 61, S.231; B-H, S.1425f m.w.Nachw.

6) BGH, 10.6.1964, NJW 64, S.2247 (20% unter empf. Richtpreis)

7) §§ 1, 3, 6, 6a UWG, AO vom 4.7.1935, s.o., S.42/46ff/98/100

8) vgl. z.B. BGH-Richtpreiswerbung Uhren I, a.a.O., BGH, 28.6.1974, S.1822 (Unlautere Werbung durch unrichtige Preisgegenüberstellung)

9) vgl. o., S.97 Fußn.25

10) "20% unter empfohlenem Richtpreis", a.a.O. (die Änderung ist durch die Neufassung des GWB, Gesetz vom 3.8.1973, § 38a GWB bedingt; vgl. auch B-H, S.1426)

"Normalpreis" des Händlers aufzufassen sei.

Im übrigen hält der BGH in der genannten Entscheidung ausdrücklich daran fest, daß diese Klarheit hinsichtlich sonstiger Bezeichnungen des Herstellerpreises (Listen-, Brutto-, Katalogpreis, usw.) nicht gegeben sei.

Im allgemeinen wird man dieser Ansicht zustimmen können. Wenn aber die h.M. mit diesem Argument generell Aussagen, wie "x% unter dem Listenpreis"(o.ä.), rabattrechtlich erfassen will,¹¹⁾ ist dem entgegenzuhalten, daß eine gewisse Unklarheit über die Bedeutung von "Listenpreisen"(o.ä.) noch nicht die positive Feststellung rechtfertigt, der Verbraucher würde derartige Aussagen als Ankündigen von "Preisnachlässen" verstehen.

Dazu wäre nach ständiger, unbestrittener Rechtsprechung nämlich erforderlich, daß aus der Sicht des Verbrauchers der Eindruck vermittelt würde, es sollten "Nachlässe von eigenen, geltenden Preisen" gewährt werden.¹²⁾ Es mag sein, daß in Ausnahmefällen, unter besonderen Voraussetzungen oder in bestimmten Zusammenhängen, "der Verbraucher" die Werbung "x% unter Listenpreis"(o.ä.) als "Nachlaß" von den Preisen des Händlers verstehen kann. Andererseits erscheint es sicher nicht gerechtfertigt, die Ankündigung "20% unter dem Listenpreis des Herstellers"¹³⁾ dem Rabattgesetz zu unterwerfen. Der zusätzliche Hinweis auf den Hersteller stellt unmißverständlich klar, auf welchen Preis hier werbend Bezug genommen wird. Damit entfällt der rabattrechtliche Ansatz und grundsätzlich auch die Anwendung der §§ 1, 3 UWG, wenn die Aussage richtig ist, was leicht nachgeprüft werden kann. Der BGH ist daher in der "Richtpreis"-Entscheidung vom 10.6.1964 zu Unrecht davon ausgegangen, daß andere Bezugnahmen als die auf den "empfohlenen Richtpreis" im allgemeinen "rechtlich undefiniert und tatsächlich vieldeutig" seien. Jedenfalls wird eine in gewissem Maße unklare und unbestimmte werbliche Aussage nicht schon allein deswegen von § 1 RabG erfaßt. Wegen der formalen Bestimmtheit

11) vgl. B-H, S. 1426, a.M. TETZNER, RabG, § 1 Anm. 95 ff.

12) vgl. oben, S. 97 Fußn. 7 und 8

13) so auch OLG Oldenburg, 30.5.1958, BB 1958, S. 892; TETZNER, a.a.O.

des Rabattverbots gem. § 1 RabG dürften entgegen der h.M. Ankündigungen wie "x% unter Listen-, Bruttopreis" (o.ä.) für das RabG nur dann in Betracht kommen, wenn sie nach den Umständen des Einzelfalles so verstanden werden können, daß der Preis des Ankündigenden unterboten werden soll. Fälle bloßer Unklarheit und Unbestimmtheit der werblichen werden unmittelbar durch die Vorschrift des § 3 UWG erfaßt.¹⁴⁾ Wird die Bezugnahme auf den Richt- oder Listenpreis (o.ä.) im Einzelfall tatsächlich "zu einer Quelle der Irreführung des Verbrauchers",¹⁵⁾ erscheint es angemessener und praktikabler, die spezielle Vorschrift des § 3 UWG anzuwenden. Das Rabattgesetz ist auch bei vergleichender Preiswerbung überflüssig. Wenn trotzdem einer grundsätzlichen Anwendung des RabG in diesem Bereich das Wort geredet wird, liegt der Schluß nahe, daß die "Gefahr der Irreführung" nur vorgeschoben wird, während der Gedanke im Hintergrund steht, die Werbung mit der Unterbietung des Herstellerpreises als solche zu beschränken.¹⁶⁾

In diesem Zusammenhang ist aufschlußreich, daß auch versucht wurde - ebenfalls zu Unrecht -, die Bezugnahme auf den Listenpreis als vergleichende Werbung gem. § 1 UWG zu erfassen.¹⁷⁾ Damit wird derselben Aussage unterstellt, sie müsse als Hinweis auf den Preis des Konkurrenten und gleichzeitig als Hinweis auf den eigenen Preis des Werbenden verstanden werden. Die (eventuelle) Unklarheit, die diese Ausdeutungen ermöglicht, ergibt aber im Gegenteil, daß weder die Voraussetzungen des § 1 UWG bejaht werden können noch die Voraussetzungen des § 1 RabG.

Im Ergebnis ist festzuhalten, daß die Bezugnahme auf den Listen- oder Richtpreis grundsätzlich nicht die Anwendung des RabG rechtfertigt, weil die Behauptung, der Händler mache sich damit "diesen Preis als effektiven Normalpreis zu eigen,"¹⁸⁾ nur für Ausnahmefälle zutreffend sein kann; eventueller "Irreführung des Verbrauchers" kann mit § 3 UWG begegnet werden.

14) vgl. oben, Fußn. 8 und BGH, 3.4.1970, BB 70, S.725 (regulärer Preis)

15) B-H, S. 1425

16) so auch PLASSMANN, Der Werbevergleich mit Preisempfehlungen, in: NJW 1965, S. 235

17) vgl. B-H, S. 1426 m.w. Nachw.

18) ebenda

3. Die praktische Bedeutung der Werbung mit dem Listenpreis

Wird die Bezugnahme auf "Listen-" oder "Richtpreise" rabattrechtlich erfaßt, bedeutet das, daß eine Werbung mit der Unterbietung der lediglich an den Händler gerichteten, internen Preisempfehlung weitgehend unterbunden wird. Dieses Verbot fördert daher die wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Preisempfehlung.¹⁹⁾ Dies ist umso bedenklicher, je mehr sich die "Händler-Preisempfehlungen" ausbreiten.²⁰⁾

Demgegenüber fördert das Rabattverbot auch keineswegs "die wahre Preisgestaltung," weil es für die Bekämpfung der "Mondpreisempfehlung" neben § 3 UWG überflüssig ist.²¹⁾

Es kann sogar davon ausgegangen werden, daß eine liberalere Einstellung zum Preisvergleich und insbesondere zur Bezugnahme auf die Listen- oder Richtpreise den mißbräuchlichen oder überhöhten Preisempfehlungen entgegenwirken könnte.²²⁾ Die häufige Unterbietung eines empfohlenen Preises kann als sicherer Indikator eines "Mondpreises" oder einer nicht (mehr) marktgerechten Preisempfehlung gelten.²³⁾

Ein präventives und grundsätzliches Verbot der Bezugnahme auf Listen- oder Richtpreise, wie es die h.M. immer noch dem RabG entnimmt, ist daher abzulehnen. Da die Anwendung des RabG insoweit sogar in Widerspruch mit anerkannten Grundsätzen der Auslegung des RabG steht, könnte die Rechtsprechung auch ohne Änderungen im Gesetz diesem Einwand Rechnung tragen.

19) vgl. o., S. 39 Fußn. 15/16

20) vgl. SZ vom 24.5.1976, S. 9: "Preisempfehlung hat noch nicht abgewirtschaftet. Allerdings Verlagerung vom Verbraucher zum Handel"; vgl. auch GUTZLER, Die Preisempfehlung in der Praxis, WRP 1973, S. 567

21) vgl. o., S. 64ff und S. 103 Fußn. 8

22) vgl. PLASSMANN, a.a.O., S. 235/237

23) vgl. Merkblatt des BKA, in: WuW 1973, S. 537 und (o.V.), "Vorgehen des BKA bringt 10.000 Preisempfehlungen zu Fall", in: WuW 1974, S. 94/243/409

VI. Abschnitt: Ergebnisse und Konsequenzen

Das RabG ist 1933 im Interesse des mittelständischen Einzelhandels erlassen worden und weitgehend von Ideen national-sozialistischer Einzelhandelspolitik beeinflusst. In ihm haben "ständische", wettbewerbsfeindliche Ordnungsvorstellungen Ausdruck gefunden, die als Reaktion auf die Wirtschafts- und Handelsmisere der zwanziger und frühen dreißiger Jahre zu verstehen sind.

Diese Vergangenheit konnte in der Auslegung des RabG bis heute nicht überwunden werden. Auch wenn das RabG in der Nachkriegszeit einem anderen Zielsystem unterworfen wurde, konnte die Integration in marktwirtschaftlich-neo-liberale Vorstellungen nicht gelingen, weil das RabG prinzipiell marktwirtschaftlichen Grundsätzen entgegensteht. Darüberhinaus ist in der Anwendung des RabG verschiedentlich eine Übernahme oder Fortführung der wettbewerbsfeindlichen Auslegung der Einigungsämter und der in der Vorkriegszeit gebildeten Dogmatik festzustellen.

So beschränkt die rabattrechtliche "Bindung an den Normalpreis" vor allem durch das Verbot der Einzelnachlässe, der Sonderpreise und durch die Bindung an die Preisauszeichnung und Kalkulationsangabe im Verkaufslager die unternehmerische Freiheit der Preisgestaltung. Damit verstärkt das RabG einseitig die Position des Anbieters zu Lasten des Verbrauchers und benachteiligt preisaktive Betriebsformen.

Durch das grundsätzliche Verbot der "Rabatt-Ankündigung" beeinträchtigt das RabG zwar nicht rechtlich, aber faktisch und insofern nicht minder schwerwiegend die Preisautonomie des Unternehmers. In dieser Verbotsalternative vor allem verstärkt das RabG wettbewerbsbeschränkende Wirkungen der Preisempfehlung. Das RabG schützt die Mondpreisempfehlung.

Gegenüber diesen gravierenden Nachteilen sind wettbewerbspolitisch positiv zu wertende Konsequenzen des RabG nicht ersichtlich. De lege ferenda erscheint es einzig hinsichtlich der Regelung der Rückvergütung des Einzelhandels und der Konsumgenossenschaften erwägenswert, für eine Fortgeltung des RabG einzutreten. Bei einer Aufhebung des RabG könnte die

Rückvergütung als die andere Form der akzessorischen Wertreklame in die Regelung der Zugaben (ZugVO) eingegliedert werden. Notwendig erscheint es aber nicht, eine Regelung der Rückvergütung beizubehalten, weil die Rückvergütung ohnehin zurückgeht und nicht damit gerechnet werden kann, daß sie ihre alte Bedeutung jemals wieder erreichen wird.

Auch im übrigen spricht nichts dafür, das RabG beizubehalten. Zur Bekämpfung mißbräuchlicher Wettbewerbspraktiken sind die allgemeinen Vorschriften des UWG geeigneter als der formal begrenzte und daher leicht zu umgehende Tatbestand des RabG. Preisvorteile können zumindest ebenso wirksam wie mit "Rabatten" verbal oder in Form einer Preisgegenüberstellung vorgetäuscht werden. Der irreführende Rabatt kann wie andere Formen mißbräuchlicher Preiswerbung ohne Schwierigkeiten durch Anwendung der §§ 1, 3 UWG erfaßt werden. Soweit die Anwendung des RabG - wie in verschiedenen Verkaufslagerfällen - damit begründet wird, dies sei unter den Gesichtspunkten der "Markttransparenz" und der "Preisklarheit" erforderlich, steht dem entgegen, daß die neueren Vorschriften des Preisangabenrechts diesen Zielen hinreichend Rechnung tragen.

Das RabG hat keinen Rückhalt im allgemeinen Rechtsbewußtsein. Daher wird es in der Praxis nicht selten übersehen und sehr häufig umgangen. Das Verbot der Einzelnachlässe kann kaum überwacht werden. Gerade das Verbot der Einzelnachlässe aber ist mit marktwirtschaftlichen Vorstellungen nicht in Einklang zu bringen. Historisch gesehen beruht es auf Tendenzen, die Preisbindung im Bereich der letzten Absatzstufe gesetzlich abzusichern.

Das Rabattverbot läßt sich nicht auf die - angebliche - besondere Gefährlichkeit der Rabatte stützen, denn Preisvorteile können mindestens ebenso wirksam als "Sonderangebot", durch "Preisgegenüberstellung" oder in anderer Art präsentiert werden, ohne daß dabei im allgemeinen gesetzliche Hinderungsgründe bestünden.

"Das Weiterbestehen des wirtschaftlich so fragwürdig gewordenen Gesetzes beruht allein auf dem Beharrungsprin-

zip"¹⁾ und dem Widerstand des mittelständischen Einzelhandels gegen seine Aufhebung.

Eine umfassende Lösung der rabattrechtlichen Problematik kann nur durch den Gesetzgeber erfolgen. Eine klare, eindeutige Lösung wäre die Aufhebung des Gesetzes, wie sie vom Verbraucherbeirat und anderen gefordert wird. Solange sie ausbleibt, stellt sich für die Rechtsprechung die Aufgabe, das Rabattverbot auf klar umrissene Tatbestände zurückzuführen und der historisch bedingten, rechtsstaatlich unerträglichen Rechtsunsicherheit, die mit diesem Gesetz immer noch verbunden ist, ein Ende zu machen.

Den Begriff des "täglichen Bedarfs" (§ 1 Abs. 1 RabG) restriktiv zu interpretieren, wie es P. ULMER vorschlägt,²⁾ erscheint theoretisch begründet, kann aber aus praktischen Gründen kaum empfohlen werden. Dieser Vorschlag würde zwar zu dem wettbewerbspolitisch begrüßenswerten Ergebnis führen, Rabatte bei höherwertigen Serienprodukten aus dem Rabattverbot herauszunehmen, würde jedoch zu erneuter Kasuistik und zumindest für eine Übergangszeit zu neuer Rechtsunsicherheit führen.

De lege lata ließe sich eine befriedigende Eingrenzung des Rabattverbots jedoch durch eine konsequente Beschränkung auf den durch das Preisabzugsverfahren gekennzeichneten Rabatt i.e.S. erreichen.

¹⁾ HEFERMEHL, a.a.O., GR 1967, S. 608

²⁾ "täglicher Bedarf" als "laufender Bedarf" im Gegensatz zu periodisch nachgefragten "höherwertigen Serienprodukten", vgl. ULMER, a.a.O., S. 217 d.

LEBENS LAUF

Ich wurde am 29. Dezember 1944 in Planegg bei München als Sohn des Kraftfahrers Roland Johannson und seiner Ehefrau Magdalena geboren. Im Herbst 1951 kam ich an die Volksschule in Planegg; nach der fünften Klasse wechselte ich im Jahr 1956 zum heutigen Kurt-Huber-Gymnasium in Gräfelfing über. Nach dem Abitur im Jahr 1965 leistete ich Wehrdienst beim Bundesgrenzschutz. Im Februar 1967 begann ich mit dem Studium der Rechte an der Ludwigs-Maximilians-Universität in München; ein Semester studierte ich in Freiburg im Breisgau. Im Termin 1971/I unterzog ich mich der ersten, im Termin 1974/II der zweiten juristischen Staatsprüfung. Seit Dezember 1975 bin ich im bayerischen Staatsdienst tätig.

